



1º e 2º CONGRESSOS DE
DEFESA DA INTEGRIDADE

LIVRO DE ARTIGOS

BRASÍLIA
2026



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO



1º e 2º CONGRESSOS DE
DEFESA DA INTEGRIDADE

LIVRO DE
ARTIGOS

BRASÍLIA
2026



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

B823 Conselho Nacional do Ministério Público (Brasil).

Livro de artigos do 1º e 2º Congressos de Defesa da Integridade / Comissão de Defesa da Probidade Administrativa, Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2026.

382 p. il.

ISBN: 978-65-89260-86-8

1. Ministério Público, atuação. 2. Direito processual. 3. Controle externo. 4. Improbidade administrativa. 5. Patrimônio público. 6. Segurança pública. 7. Transparência. I. Título. II. Comissão de Defesa da Probidade Administrativa.

CDD – 341.413

EXPEDIENTE

© 2026, Conselho Nacional do Ministério Público

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP)

Paulo Gustavo Gonet Branco

Presidente

Fernando da Silva Comin

Corregedor Nacional

Ivana Lúcia Franco Cei

Conselheira Nacional

Edvaldo Nilo de Almeida

Conselheiro Nacional

Fabiana Costa Oliveira Barreto

Conselheira Nacional

Karen Luise Vilanova Batista de Souza

Conselheira Nacional

Greice Fonseca Stocker

Conselheira Nacional

Thiago Roberto Morais Diaz

Conselheiro Nacional

Gustavo Afonso Sabóia Vieira

Conselheiro Nacional

José de Lima Ramos Pereira

Conselheiro Nacional

Alexandre Lacerda Magno

Conselheiro Nacional

COMISSÃO DE DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues

Presidente

Fernanda Balbinot

Membro Auxiliar

Larissa Melo de Souza Abreu

Equipe Técnica

1º CONGRESSO DE DEFESA DA INTEGRIDADE – 2024

Comissão Organizadora

Cíntia Menezes Brunetta (presidente da CDPA)

João Santa Terra Júnior (MPSP)

Vladimir Aras (MPF)

Comissão Científica

João Santa Terra Júnior (MPSP)

Maria Clara Mendonça Perim (MPES)

Landolfo Andrade de Souza (MPSP)

Antenor Madruga (professor)

Melina Castro Montoya Flores (MPF)

Fernando Gajardoni (juiz TJSP)

Pierpaolo Bottini (advogado e professor)

Vladimir Aras (MPF)

Lindomar Tiago Rodrigues (MPMS)

Comissão Avaliadora

João Santa Terra Júnior (presidente – MPSP)

*Edvaldo Nilo de Almeida (conselheiro
Nacional do Ministério Público)*

Ernani Vilhena (MPSP)

Nahyma Abas (MPMA)

Fernanda Alves Pöpl (MPRO)

José Silderlândio Nascimento (MPCE)

André Navega (MPRJ)

Andréa Helena Blumm (MPM)

Andrea Walmsley Soares Carneiro (MPF)

Cibele Benevides (TRF5)

Vinicius Menandro Evangelista de Souza (MPAC)

Júlia Flores Schütt (MPRS)

Julia Rossi Sponchiado (MPRS)

Pierpaolo Bottini (advogado e professor)

Marcus Alan de Melo Gomes (juiz TJPA)

Bruno de Souza Martins Baptista (MPAL)

Melina Castro Montoya Flores (MPF)

Landolfo Andrade de Souza (MPSP)

Equipe Técnica

Larissa Melo de Souza Abreu
Alex Gomes Antunes
Camila Mattos de Pinho
Josefran Bernardino Ribeiro de Sousa
Vladimir da Matta Gonçalves Borges
Rafael Fontes Gonçalves

Josenildo da Costa Santos (MPPE)
Renée do Ó Souza (MPMT)
David Francisco de Faria (MPRJ)
Gustavo Ramiro
Arthur Telles Nébias
Gustavo Ventura
Leonardo Borba

2º CONGRESSO DE DEFESA DA INTEGRIDADE – 2025

.....

Comissão Organizadora

Cíntia Menezes Brunetta (presidente da CDPA)
André Santos Navega (MPRJ)
Cid Marconi Gurgel de Souza (TRF 5ª Região)
Hodir Flávio Guerra Leitão de Melo (MPPE)
João Santa Terra Júnior (MPSP)
Landolfo Andrade de Souza (MPSP)

Comissão Científica

João Santa Terra Júnior (MPSP)
Landolfo Andrade de Souza (MPSP)
Renée do Ó Souza (MPMT)
Josenildo da Costa Santos (MPPE)
Henrique da Rosa Ziesemer (MPSC)
Rodrigo Alberto Azevedo Couto (MPMG)
Andrea Walmsley Soares Carneiro (MPF)
Rodrigo Antônio Tenório Correia da Silva (TRF5)
Edilson Nobre Pereira Júnior (TRF5)
Fernando Braga Damasceno (TRF5)
Rubens de Mendonça Canuto Neto (TRF5)
Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho (TRF5)
Cibele Benevides Guedes da Fonseca (TRF5)
Walter Nunes da Silva Júnior

Comissão Avaliadora

André Santos Navega – presidente (MPRJ)
João Santa Terra Júnior (MPSP)
Landolfo Andrade de Souza (MPSP)
Andrea Walmsley Soares Carneiro (MPF)
Bruno de Souza Martins Baptista (MPAL)
Rodrigo Alberto Azevedo Couto (MPMG)
Henrique da Rosa Ziesemer (MPSC)

Equipe Técnica

Larissa Melo de Souza Abreu (CDPA/CNMP)
Daniela Donato (ESMPPE)
Gabriela de Andrade Gueiros (ESMPPE)
Isabel Cristina de Andrade Lima e Silva (ESMPPE)
Karine Ferraz (MPPE)
Juliana Pessoa (MPPE)
Taciana Espíndola (MPPE)
Roberto Vasconcelos Júnior (MPPE)

PREFÁCIO

.....

A presente obra é fruto de um esforço intelectual e institucional notável, materializado com base nas ricas discussões e contribuições acadêmicas fomentadas nos dois Congressos de Defesa da Integridade, realizados em 2024 e 2025, em Brasília e Recife, respectivamente. Sob a égide da Comissão de Defesa da Probidade Administrativa (CDPA), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tais eventos congregaram especialistas, profissionais e acadêmicos em torno de um objetivo comum: aprofundar o conhecimento e aprimorar as estratégias de prevenção e enfrentamento de duas das mais graves ofensas ao Estado brasileiro: a corrupção e a improbidade administrativa. Os artigos científicos que compõem esta coletânea representam a evolução de resumos expandidos defendidos oralmente nos dois eventos, materializando uma contribuição acadêmica de profundo valor para a evolução da defesa da integridade pública no cenário nacional.

A corrupção e a improbidade administrativa transcendem a mera ilegalidade, configurando-se como fenômenos pluriofensivos que dinamitam as engrenagens da máquina pública e corroem os alicerces do Estado Democrático de Direito. Suas consequências nefastas se manifestam de forma contundente na sociedade, especialmente na brasileira, onde o desvio de recursos públicos destinados a áreas essenciais, como saúde, educação e segurança, resulta na precarização de serviços vitais e mata, conforme muito bem salientado pelo Exmo. Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, em sua palestra inaugural do 1º Congresso de Defesa da Integridade. A percepção de que a corrupção é uma grave violação de direitos humanos tem ganhado força no cenário internacional, sendo reconhecida por resoluções do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que a posicionam como uma lesão que agrava desigualdades e compromete a justiça social.

Paradoxalmente, no momento em que a conscientização sobre a gravidade sistêmica da corrupção se aprofunda, o arcabouço legal para seu combate enfrenta novos e complexos desafios. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei n.º 14.230/2021, é um ponto central neste debate. Nesse âmbito, diversos foram os escritos selecionados que trouxeram críticas positivas, em especial apontando que a nova legislação, ao exigir a comprovação de dolo específico para a caracterização do ato ímprobo, promoveu esvaziamento de importantes instrumentos de responsabilização e dificultou a punição de condutas lesivas à probidade. Como bem salientado em estudos apresentados durante os Congressos, dados indicam uma queda significativa no ajuizamento de novas ações de improbidade após a reforma, o que acende um alerta sobre a efetividade da resposta estatal a esses ilícitos.

Nesse cenário desafiador, o papel do Ministério Público na defesa da integridade e no combate à corrupção e à improbidade administrativa torna-se ainda mais proeminente. Com fundamento no artigo 129 da Constituição Federal, o MP detém a função institucional de zelar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que inclui a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Atenta à complexidade da atuação ministerial nesse âmbito, a Comissão de Defesa da Probidade Administrativa entregou proposta de minuta de resolução tornando obrigatória a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro para a fiscalização da adoção, pelos entes públicos fiscalizados, de medidas preventivas aos desvios de conduta que maculam a probidade. Essa proposta foi aprovada pelo Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, estando concretizada com a vigência da Resolução n.º 305, de 11 de fevereiro de 2025.

A repressão segue imprescindível à proteção da higidez no trato da coisa pública, contudo, a eficiência dessa tutela reclama sua conjugação com a prevenção, que emerge como um pilar estratégico indispensável estruturado no conceito de integridade pública (ou compliance público). Trata-se de promover a disseminação da imprescindibilidade de adesão a valores, princípios e normas éticas compartilhadas para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público. A implementação de programas de integridade efetivos nos órgãos estatais, conforme diretrizes da Controladoria-Geral da União (CGU) e iniciativas como o Programa Nacional de Prevenção à Corrupção (PNPC), é fundamental para criar uma cultura organizacional refratária a desvios de conduta, fortalecendo mecanismos de prevenção, detecção e resposta a irregularidades.

A complexidade do fenômeno da corrupção exige, ademais, uma atuação coordenada e sinérgica. É imprescindível que os diversos atores estatais — Ministério Público, Poder Judiciário, Tribunais de Contas, Polícias, Órgãos de controle interno e Advocacia Pública — unam esforços para a luta contra tais ilicitudes. A criação de canais permanentes para a troca de informações e conhecimentos, bem como a realização de discussões estratégicas, a exemplo daquelas promovidas pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), é crucial para garantir a eficiência no alcance de soluções finalísticas e evitar a impunidade.

Finalmente, nenhuma estratégia de combate à corrupção será plenamente eficaz sem a ativa participação da sociedade. O controle social, exercido por cidadãos, imprensa livre e organizações da sociedade civil, é um complemento indispensável ao controle institucional. A transparência na gestão pública é a ferramenta que habilita esse controle, permitindo que a sociedade fiscalize o uso dos recursos e apoie os órgãos estatais responsáveis pela repressão à improbidade administrativa. A construção de um ambiente de confiança e colaboração entre o Estado e os cidadãos é, em última análise, a mais poderosa barreira contra a corrupção.

Assim, a gestão 2024/2025 da Comissão de Defesa da Probidade Administrativa tem a enorme honra de entregar esta obra, consagradora do êxito e da enorme relevância dos dois Congressos de Defesa da Integridade. Eles não apenas aprofundaram o debate, como também atuaram como catalisadores para a construção de bases práticas, teóricas e acadêmicas sólidas destinadas à prevenção e ao combate às ilicitudes que ofendem a probidade administrativa. O conhecimento aqui sistematizado é uma valiosa ferramenta para todos que almejam a consolidação de um ambiente organizacional estatal hígido, probo, eficiente e ético, em que o serviço público seja, de fato, um instrumento para a promoção da Justiça e do bem-estar social.

CINTIA MENEZES BRUNETTA

Conselheira Nacional do Ministério Público
Presidente da Comissão de Defesa da Probidade Administrativa
Gestão 2024/2025

JOÃO SANTA TERRA JÚNIOR

Membro Auxiliar do CNMP
Coordenador da Comissão de Defesa da Probidade Administrativa
Fevereiro de 2024 a março de 2025

SUMÁRIO

ARTIGOS 2024

1º CONGRESSO DE DEFESA DA INTEGRIDADE

1. **A ADOÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO. ESTRATÉGIAS CONTRA A PRÁTICA DE ASSÉDIOS E OUTRAS AÇÕES AFIRMATIVAS** 15
2. **A REPARAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO VIA ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL: A BUSCA DE EFETIVIDADE** 30
3. **ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONTRASTE ENTRE A CONVENÇÃO DE MÉRIDA E A LEI N.º 14.230/21** 39
4. **RELEITURA DO CONCEITO DE DANO EFETIVO NOS TERMOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (REFORMADA PELA LEI N.º 14.230/21) E DA CONVENÇÃO DE MÉRIDA** 53
5. **CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL DIGITAL: BOAS PRÁTICAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO**..... 68
6. **COMPLIANCE ESTRUTURAL NO BOJO DE ACORDOS PROCESSUAIS: A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURAIS POR MEIO DOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO NORMATIVO COMO MEDIDA DE PREVENÇÃO CRIMINAL** 82
7. **FISCALIZAÇÃO DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE** 100

8.	LAVAGEM DE DINHEIRO NO MERCADO DE APOSTAS: A POSIÇÃO JURÍDICO-PENAL DE GARANTIDOR POR OMISSÃO DECORRENTE DA FRAGILIDADE DE CONTROLES INTERNOS	110
9.	PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA E OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO	123
10.	OS IMPACTOS DA TAXATIVIDADE DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N.º 8.429/1992	133
11.	REGIME DE SANÇÃO NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA: PERSPECTIVAS GARANTISTAS E TELEOLÓGICAS DO ART. 4º, § 7º, DA LEI N.º 12.850/2013	147
12.	NEOCONSTITUCIONALISMO, ABERTURA NORMATIVA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E POLÍTICAS ECONÔMICAS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS	158
13.	O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	173
14.	A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA FALTA DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS	184
15.	GOVERNANÇA E PREVENÇÃO AO DANO AO ERÁRIO.....	203
16.	APRIMORAMENTO DA INTEGRIDADE POR MEIO DOS PRINCÍPIOS DO ESTADO ABERTO: RECOMENDAÇÕES DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ORGANIZAÇÕES MULTILATERAIS AOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO	214

SUMÁRIO

ARTIGOS 2025

2º CONGRESSO DE DEFESA DA INTEGRIDADE

1. **A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DE GASTOS CULTURAIS: ENTRE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DA CIDADANIA CULTURAL** 231
2. **PROFISSIONALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CONSTRUÇÃO DA REPUTAÇÃO PÚBLICA: A SUSTENTAÇÃO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO COMPLIANCE PÚBLICO** 246
3. **COMPRAS PÚBLICAS: DAS IRREGULARIDADES NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO E INDÍCIOS DE FRAUDE** 261
4. **A CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS SOB A ÓTICA DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL**..... 276
5. **COMPLIANCE PÚBLICO COMO MECANISMO ANTICORRUPÇÃO E PREVENÇÃO DE ILÍCITOS NA GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA** 307
6. **A COMPROVAÇÃO DO DOLO DE BENEFICIAMENTO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N.º 14.230/2021 E O NÍVEL DE CARGA PROBATÓRIA EXIGIDO PARA CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO** 323
7. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: QUANDO A AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS ENCONTRA A UNIDADE DO PODER SANCIONADOR**.....337

- 8. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUPERAÇÃO DO DANO PRESUMIDO: NEM SÓ DANO, NEM SÓ SANÇÃO, MAS TAMBÉM A RESTITUIÇÃO PELO LUCRO ILÍCITO (*DISGORGEMENT*).....351**
- 9. ANÁLISE DA ESTRUTURA DOS PLANOS PLURIANUAIS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ACRE (2022-2025): LIMITAÇÕES, TRANSPARÊNCIA E DESAFIOS AO PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL..... 368**



1º CONGRESSO DE DEFESA DA INTEGRIDADE

A ADOÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO. ESTRATÉGIAS CONTRA A PRÁTICA DE ASSÉDIOS E OUTRAS AÇÕES AFIRMATIVAS

ADOPTING A GENDER PERSPECTIVE IN THE BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE COMPLIANCE PROGRAMS. STRATEGIES AGAINST HARASSMENT AND OTHER AFFIRMATIVE ACTIONS

Tâmera Padoin Marques Marin

Resumo: O presente artigo promove uma contextualização dos programas de integridade, também chamados *compliance*, na perspectiva mundial atual, partindo-se, então, para uma abordagem relacionada ao setor público, com foco especial no Ministério Público brasileiro. Pontua-se, ainda, a relevância do desenvolvimento de ações afirmativas diversas do mero combate (de forma reativa), investindo-se também na prevenção dos casos, visando à construção de um ambiente e de uma consciência coletiva capazes de promover uma cultura de igualdade de gênero no âmbito institucional. A discussão se mostra necessária, uma vez que se constata, no Brasil, grande desigualdade de condições e oportunidades entre homens e mulheres, com recorrência de relatos de episódios de misoginia e sexismo. A desigualdade verificada na sociedade obviamente se reproduz no setor público, demandando atuação institucional no sentido de transformar tal cenário. A atuação do Ministério Público no combate à discriminação, implementando e fortalecendo programas de integridade internos, tem o condão, além de institucionalizar medidas de boa governança, de funcionar como exemplo para que outras instituições e entes governamentais sigam no mesmo caminho, dessa forma transformando também a sociedade como um todo. O presente artigo tem por objetivo, portanto, demonstrar a relevância da perspectiva de gênero nas ações relativas à implementação do programa de integridade dentro do Ministério Público brasileiro.

Palavras-chaves: *Compliance*. Integridade. Perspectivas de Gênero. Assédio. Legalidade.

Abstract: *This article promotes a contextualization of integrity programs, also called compliance, in a worldwide perspective, then moving on to an approach related to the public sector, with a special focus on the Brazilian Public Prosecutor's Office. Also, the study reinforces the importance of developing affirmative actions other than mere combat (in a reactive manner), also investing in preventing cases, aiming to build an environment and collective awareness capable of promoting a culture of gender equality within the institutional scope. The discussion proves its necessity, once in Brazil there is great inequality of conditions and opportunities between men and women, with recurring reports of episodes of misogyny and sexism.*

The inequality observed in society is obviously reproduced in the public sector, demanding institutional action to change this scenario. The Public Prosecutor's Office's actions in fighting discrimination, implementing and strengthening internal integrity programs, have the potential, in addition to institutionalizing good governance measures, to serve as an example for other institutions and government entities to follow the same path, thus also transforming society as a whole. This article therefore aims to demonstrate the relevance of the gender perspective in actions related to the implementation of the integrity program within the Brazilian Public Prosecutor's Office.

Keywords: Compliance. Integrity. Gender Perspectives. Harassment. Legality.

Sumário: Introdução; 1. Contextualizando os programas de integridade (ou de *compliance*) na perspectiva mundial atual; 1.1. Os programas de integridade no setor público; 2. A relevância da perspectiva de gênero nos programas de integridade do MP e a importância do combate ao assédio sexual e moral; 3. A perspectiva de gênero no programa de integridade para além do combate aos assédios; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

A adoção de programas de integridade por instituições públicas é fundamental para promover a transparência, a ética e a responsabilidade. Tais programas ajudam a prevenir a corrupção, a má conduta e o uso indevido de recursos públicos, criando um ambiente de confiança entre os cidadãos e a administração pública. Eles estabelecem normas e procedimentos claros que orientam a conduta dos agentes públicos, incentivando a adoção de boas práticas e a prestação de contas.

Ao Ministério Público, a implementação de programa de integridade, além de institucionalizar medidas de boa governança, serve de espelho para que outras instituições e entes governamentais sigam no mesmo caminho. Aliás, quem fiscaliza deve influenciar dando o exemplo.

O foco atual dos programas de integridade está além de medidas anticorrupção, mas visa à mitigação de riscos pela quebra de legalidade em diversos aspectos, como defesa do meio ambiente, adequação a normas trabalhistas, tributárias, entre outros. Nesse olhar, insere-se a abordagem das questões de gênero no ambiente corporativo.

A pauta da igualdade de gênero, para além de assunto caseiro, é foco de atuação internacional, tendo em vista que o Objetivo 5 da Agenda 2030 da ONU visa alcançar a equidade e empoderar todas as mulheres e meninas, sendo essa agenda um plano de ação para as pessoas e para o planeta (NAÇÕES

UNIDAS NO BRASIL, 2015).

Os estudos apontam que, no Brasil, existe uma discrepância de condições e oportunidades para homens e mulheres, e, mesmo com um alto nível de discordância em relação a estereótipos, a misoginia e o sexismo ainda prevalecem em níveis elevados na sociedade brasileira (ONU MULHERES, 2024). Essa realidade de violação dos direitos das mulheres está presente na vida em sociedade e, reflexamente, nas instituições privadas e públicas. A título de exemplo, sabe-se que as mulheres ocupam menos cargos de liderança no serviço público, e, segundo dados do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos do Governo Federal (Siape), no mês de dezembro de 2022, a quantidade total de servidores públicos federais no Brasil era de 561 mil pessoas. Desse total, 246.847 (44%) eram mulheres e 314.119 (56%) eram homens (ENAP, 2024).

A necessidade de se adotar a perspectiva das instituições em relação à atuação estatal se confirma por meio de novas estratégias de atuação e padrões de comportamento esperados dos agentes públicos. Nesse sentido, o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, desde 2021, tem adotado o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, que pode ser definido como um guia para que os julgamentos que ocorrem nos diversos âmbitos da Justiça possam ser aqueles que realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, tendo por objetivo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos (CNJ, 2021).

Partindo-se da premissa de que programas de integridade visam evitar a quebra de legalidade no sentido macro e que, para serem efetivos, devem ter caráter interdisciplinar, não se pode desconsiderar a importância da perspectiva de gênero e sua implementação no âmbito dos Ministérios Públicos. O presente artigo tem por objetivo, portanto, demonstrar a relevância da perspectiva de gênero nas ações relativas à implementação do programa de integridade dentro do Ministério Público brasileiro.

De início, é importante delimitar o tema estudado, esclarecendo que a temática se refere à atuação do programa de integridade, na esfera interna do Ministério Público, portanto, ligada às práticas de governança institucionais como instrumentos que pretendem criar um ambiente organizacional em clima de igualdade de condições para homens e mulheres.

Por isso, nesta pesquisa não se tratará de aspectos ligados à atividade-fim, tal como a atuação ministerial na proteção do patrimônio público e que se relaciona com o estímulo de criação de programas em instituições públicas, mas, sim, tem-se como norte tratar dos próprios programas ministeriais e do funcionamento em prol da proteção da mulher no ambiente de trabalho ministerial.

1. CONTEXTUALIZANDO OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE (OU DE *COMPLIANCE*) NA PERSPECTIVA MUNDIAL ATUAL

Na esfera privada, a implementação de programas de integridade tem por objetivo pautar a atuação das pessoas jurídicas de acordo com padrões de legalidade e de gestão responsável, partindo-se da premissa de que as corporações, em suas ações, internas e externas, atualmente, devem se pautar na responsabilidade ambiental, social e de governança (ou *ESG*, na sigla em inglês para *environmental, social e governance*).

Entre as medidas adotadas em um bom programa de integridade está evitar que os gestores de pessoa jurídica atuem de maneira a salvaguardar prioritariamente interesses próprios, por meio da maximização de salários e benefícios em geral, situação que é danosa aos interesses da empresa, dos acionistas e das partes interessadas, os chamados *stakeholders* (VERÍSSIMO, 2017).

Muito se discute se o termo adequado seria programa de integridade ou programa de *compliance*. Filiamo-nos à corrente que entende tratar-se de mera nomenclatura, tendo em vista que, de acordo com uma conceituação jurídica, o *compliance* pode ser definido como “um sistema de políticas e controles adotados a fim de impedir violações à lei e assegurar às autoridades externas que todas as medidas no sentido de impedir tais violações estão sendo tomadas” (FÉRES; LIMA, 2018, p. 147). Assim, pouco importa o nome que se atribua, sendo mais relevante o conteúdo e a estruturação.

No ordenamento jurídico pátrio, os documentos referenciais adotam o termo Programa de Integridade, sendo esse o adotado no presente artigo. A Lei Anticorrupção, regulamentada pelo Decreto n.º 11.129/22 (BRASIL, 2022), ampliou o conceito legal de Programa de Integridade, acrescentando dois objetivos para que seja efetivo:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no 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:

I – prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e

II – fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (BRASIL, 2022, art. 56).

De forma geral, o programa de integridade não está atrelado simplesmente ao cumprimento da legalidade sob o aspecto formal, mas à atenção a comandos éticos e padrões de condutas institucionais (CUEVA, 2018). Conforme se nota da regulamentação citada, o programa deve ter foco preventivo, evitando repetição de condutas ilícitas, bem como deve primar pelo aprimoramento da cultura de um agir ético. Não se pode negar que, nos dias de hoje, a efetividade de um programa de *compliance* está relacionada à saúde corporativa e à boa reputação da empresa, sendo que eventuais incidentes envolvendo os prepostos da entidade e violação aos padrões de conduta tendem a resvalar na imagem construída perante a sociedade.

Com base nessas considerações, pode-se dizer que, tanto na esfera nacional quanto na internacional, os programas de integridade passaram a ser instrumentos essenciais para a gestão das corporações, influenciando suas relações nas esferas pública e privada.

1.1. OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO SETOR PÚBLICO

No Brasil, a implantação de programas de integridade no setor público prima pela aplicação dos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa. Da mesma forma, os documentos internacionais de que o Brasil é signatário levam à constatação de que os Estados-partes devem adotar normas de conduta para o desempenho da função pública, com a finalidade de exigir dos servidores condutas íntegras para o exercício da gestão pública (BREIER, 2015).

Desde 2016, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, juntamente com a Controladoria-Geral da União, tem estabelecido que os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal deverão adotar medidas para a sistematização de práticas relacionadas à gestão de riscos, aos controles internos, bem como à governança na esfera do Poder Executivo federal. Por sua vez, a Lei n.º 13.303/16, de 30 de junho de 2016, determina que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias obedeçam às regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção (COELHO, 2017).

A Controladoria-Geral da União, desde 2017, possui um Manual para Implementação de Programas de Integridade com orientações para o setor público, esclarecendo os requisitos essenciais de um programa e como ele deve ser implementado (BRASIL, 2017). Esse manual foi desenvolvido pelo Ministério da Transparência e a Controladoria-Geral da União (CGU) no Brasil e tem como objetivo ajudar órgãos e entidades do setor público a adotarem práticas para prevenir, detectar e corrigir atos de corrupção, fraude e outras irregularidades. A proposta pretende, de igual modo, fortalecer a confiança da sociedade nas instituições públicas.

A adoção de programas de integridade por instituições públicas é fundamental para promover a transparência, a ética e a responsabilidade, criando um ambiente de confiança entre os cidadãos e as instituições. Dito isso, já se pode apreender que os programas de integridade no serviço público não constituem novidade, uma vez que já estão sendo adotados no país há quase uma década, embora algumas instituições imprimam passos mais rápidos que outras.

Portanto, tem-se que a cultura de *compliance* [...] agrega uma série de valores éticos e princípios morais, que tem por objetivo não apenas facilitar o cumprimento da lei, mas, sim, busca fomentar valores nos agentes públicos (BRAGA; GRANADO, 2017, p. 4). Partindo dessa linha de raciocínio, considera-se que a temática da promoção da igualdade de gênero se relaciona de forma sensível com a implementação de bons programas de integridade, sendo a igualdade, a justiça e a ética valores caros para a administração pública brasileira, segundo a ordem constitucional.

Para o Ministério Público, o respeito aos direitos dos vulneráveis é algo intrínseco à atuação em sua atividade finalística, por contar com o dever constitucional de promover a defesa dos direitos individuais e sociais indisponíveis. Consequentemente, não se pode desconectar essa pauta no que diz respeito ao funcionamento da instituição nas atividades gerenciais e administrativas, já que haveria de se entender como contraditória uma instituição que cobrasse das entidades públicas e privadas uma postura que ela mesma não adotasse. Por esses motivos, a pauta da integridade, do respeito aos direitos dos vulneráveis e da adoção de medidas de igualação e prevenção a abusos de toda ordem deve pautar todas as instituições públicas, mas, especialmente, o Ministério Público em razão de sua posição de função essencial à justiça e a proteção de direitos fundamentais. Assim, tanto no exercício da atividade-fim quanto na estruturação e organização administrativa, cabe ao *Parquet* promover relações justas e equilibradas visando à igualdade entre homens e mulheres, seja em suas relações internas (entre membros e colaboradores), seja nas relações externas (com terceiros e prestadores de serviços).

2. A RELEVÂNCIA DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DO MP E A IMPORTÂNCIA DO COMBATE AO ASSÉDIO SEXUAL E MORAL

A perspectiva de gênero nos programas de integridade do Ministério Público é uma questão relevante para promover a justiça social e a igualdade dentro da instituição, além de servir como ótima maneira de fomentar a prática nas demais instituições públicas. Isso permite que se analisem as dinâmicas de poder e as desigualdades que persistem na sociedade, refletindo-se também EM relações institucionais. O Ministério Público, como defensor dos direitos fundamentais, tem o dever de garantir que suas ações e políticas institucionais não apenas respeitem, mas também promovam a equidade de gênero.

Nesse sentido, propomos que, no cerne dos programas de integridade dos MPs brasileiros, sejam utilizadas ferramentas e práticas de governança que visem promover igualdade de gênero institucional, como primar pelo combate ao assédio sexual e ao assédio moral no ambiente de trabalho ministerial. Destacamos que a violação dos direitos das mulheres no ambiente corporativo constitui quebra de legalidade e, desse modo, não pode passar alheia à atuação do *compliance officer* ou dos Comitês de Integridade.

O *Compliance Officer* ou oficial de conformidade, traduzido para a língua portuguesa, remete ao profissional que é responsável por garantir que uma organização esteja em conformidade com as leis, regulamentos, políticas internas e diretrizes éticas aplicáveis ao seu setor de atuação. A principal função do *Compliance Officer* é evitar que uma empresa ou instituição seja envolvida em práticas ilegais ou antiéticas, devendo adotar medidas para assegurar que todos os processos sejam conduzidos de acordo com os padrões exigidos (LEC, 2021). Em algumas entidades, a figura do oficial de conformidade é composta não apenas por um indivíduo, mas por um grupo, que possui poderes de deliberar sobre a política de integridade de uma organização.

Para que a atuação institucional seja íntegra, segundo as premissas de um programa de integridade efetivo, além de normas e políticas claramente estabelecidas, é preciso monitoramento e treinamento constantes, bem como canais de denúncias fortalecidos e com funcionamento adequado, garantindo-se sigilo, fluxos objetivos e pronta resposta. Em relação ao assédio sexual e moral, a oitiva humanizada e especializada das possíveis vítimas é ferramenta útil para estimular a procura e, assim, corrigir condutas violadoras. O devido encaminhamento dos casos para apuração e, se forem procedentes, sua proporcional responsabilização é medida essencial para garantir a credibilidade institucional.

É importante, ainda, que seja assegurado o sigilo da fonte e a preservação contra retaliações, sob pena de se tornar inoperante o instrumento por meio do qual os casos são reportados. Isso porque, caso haja um clima de impunidade ou de pouco compromisso quanto à prevenção dessas práticas, isso inevitavelmente fará com que, com o tempo, os canais de comunicação virem meros instrumentos formais e ineficientes, o que não contribui para o fortalecimento do programa. Não é em vão que pesquisas revelam que a maior parte das reclamações aportadas nos canais de denúncias de corporações refira-se à diversidade e ao respeito no ambiente de trabalho, uma vez que as práticas de fortalecimento e independência desses canais têm feito com que sejam vistos como uma instância acessível e comprometida com as possibilidades de mudanças e correções (NAVEX GLOBAL, 2022).

Em pesquisa da *Lloyd's Register Foundation* e do *Instituto Gallup* acerca do tema violência e assédio no trabalho, restou comprovado que entre os grupos com maior probabilidade de serem afetados por diferentes tipos de violência e assédio estão jovens, trabalhadores, migrantes e mulheres. No entanto, as mulheres estão particularmente expostas à violência e assédio sexual (ONU, 2022). O assédio sexual pode ser definido como o constrangimento com conotação sexual no ambiente de trabalho, em que,

como regra, o agente utiliza sua posição hierárquica superior ou sua influência para obter o que deseja (TST, 2020). Além de ser prevista como conduta típica penal, essa prática constitui violação ao dever ético previsto em todos os códigos de conduta. Diante disso, no atual estágio da sociedade, não é mais possível que esse assunto seja tratado como algo de menor importância ou de pouca ocorrência.

A existência do assédio sexual e moral é ponto de preocupação existente em organizações públicas e privadas, refletindo uma triste realidade social quanto à desigualdade de gênero, tendo em vista que, conforme já dito, as estatísticas mostram que as mulheres são mais propensas a serem vítimas dessas práticas. Diante disso, medidas legais e de governança eficiente devem ser colocadas a serviço da reversão dessa triste realidade.

Observa-se que, recentemente, foi editada a Lei n.º 14.540/23, instituindo o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal, revelando que o assunto necessita ser abordado com clareza e objetividade pela Administração Pública em geral.

Tal programa objetiva dar vida a um conjunto de ações e políticas públicas para combater o assédio sexual e qualquer outra forma de violência no ambiente de trabalho e na prestação de serviços. Esse programa é uma das várias iniciativas para promover a igualdade de gênero, a proteção dos direitos humanos e o bem-estar dos servidores públicos e da sociedade em geral.

O Guia da Controladoria-Geral da União, que serve de baliza para a avaliação dos programas de integridades das empresas, destaca a importância do compromisso em combater assédio como forma de assegurar um ambiente sadio, ético e respeitoso para o desenvolvimento das relações profissionais (CGU, 2023).

Quanto ao assédio moral, a Administração Pública, em diversos seguimentos, tem se dedicado a abordar e dar o tratamento adequado a esse problema, sendo recorrentes a existência de debates e a elaboração de materiais elucidativos, como é o caso do curso *Assédio na Administração Pública: combate e prevenção*, promovido pela Escola de Governo do Distrito Federal, construído em linguagem simples e com nítido propósito de massificar a informação a seus servidores (EGOV, 2023).

A conceituação do assédio moral tem se solidificado ao longo do tempo, ficando claro que constitui violação à saúde do trabalhador/servidor público. Segundo Alice Monteiro de Barros, o assédio moral é definido como um *conjunto de ações hostis, repetitivas e sistemáticas, que têm por objetivo humilhar e desgastar a pessoa no ambiente de trabalho, causando-lhe danos físicos e psicológicos* (BARROS, 2004, p.136-151). Conforme o estudo de Marie-France Hirigoyen, psiquiatra especialista no tema, o assédio moral se caracteriza por qualquer conduta abusiva que, por meio de gestos, palavras ou comportamentos, atente contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2002).

O enfrentamento do assédio moral na Administração Pública é essencial não apenas para proteger os servidores, mas para garantir a qualidade dos serviços prestados à população. Quando o assédio é evitado, oportuniza-se um ambiente de trabalho mais produtivo, saudável e eficiente, o que fortalece as instituições e contribui para a construção de instituições mais justas e humanizadas.

No cenário nacional, algumas instituições têm se destacado no que diz respeito à atuação do programa de integridade e ao combate aos vários tipos de assédio, como é o caso da Petrobras, que, em seu Código de Conduta Ética e na Diretriz de Direitos Humanos, traz o compromisso da empresa com a promoção da diversidade e com o combate rigoroso a situações de assédio e discriminação (PETROBRAS, 2023). Igualmente tem sido relevante a forma como a empresa tem abordado claramente o assunto e estabelecido diretrizes de prevenção e combate à discriminação, ao assédio moral e às violências sexuais (AGÊNCIA PETROBRAS, 2023).

Atualmente, o combate às práticas de assédio, seja moral, seja sexual, tem sido visto como um estágio de maior maturidade dos sistemas de integridade, sendo um compromisso e uma importante obrigação legal:

Em razão disso, é reafirmada a importância dos Sistemas de Integridade, que trarão as ferramentas necessárias para efetivar as diretrizes demandadas nas legislações, dentre as quais citamos: a disseminação de campanhas educativas, incentivo a boas práticas no ambiente de trabalho, divulgação de canais para reporte, divulgação da legislação e políticas públicas (previstas na Lei nº 14.540/2023); e inclusão de regras de conduta, fixação de procedimentos para recebimento e acompanhamento de denúncias, inclusão do tema nas atividades da Cipa e realização de ações de capacitação (previstas na Lei nº 14.457/2022) (KEPPEN; MOURA, 2023).

Por isso, não cabe mais dizer que as medidas de enfrentamento e prevenção estariam alheias aos objetivos do programa de integridade, pois esse supostamente seria muito mais focado na anticorrupção. Essa visão, a toda evidência, está ultrapassada.

Quanto à forma de abordagem institucional no âmbito de um programa de integridade atual e interseccional, também se tem dito que o objetivo das ações de combate ao assédio deve ir além do contingenciamento das informações, mas devem estabelecer mecanismos efetivos para a prevenção, realizando-se trabalho qualificado com a finalidade de compreender as possíveis causas e origens dos diversos tipos de assédio no ambiente organizacional (KEPPEN; MOURA, 2023).

Não se ignora que mulheres e homens sofrem assédio moral e sexual nas relações de trabalho, mas os dados apontam que as mulheres são as mais acometidas por essa forma de violência no ambiente laboral. Isso porque mulheres, especialmente aquelas que estão em posições subalternas ou em cargos de menor poder, têm mais dificuldade em denunciar, por medo de represálias ou de não serem levadas a

sério, o que reflete a relação direta entre o combate a essas práticas e a igualdade de gênero (SANTANA, 2020).

Nos programas de integridade do Ministério Público, a implementação de perspectiva de gênero pode contribuir para a identificação de situações de discriminação e assédio que estejam invisibilizadas na instituição. A análise de como as normas e comportamentos institucionais podem perpetuar desigualdades é fundamental para a construção de um ambiente de trabalho mais justo e acolhedor. Isso inclui a adoção de políticas que garantam um espaço seguro para todas as pessoas, promovendo a diversidade e a inclusão.

Entre as estratégias a serem adotadas podem ser inseridas a estipulação de políticas claras contra assédio, em especial, por meio de códigos de conduta que tragam expressamente a temática; a criação e a implementação de políticas robustas que definem assédio e procedimentos para denúncias; a instituição de protocolos de investigação com procedimentos para apurar e tratar denúncias de forma justa e confidencial.

Como se trata de assunto, geralmente, invisibilizado nas instituições, torna-se crucial que a comunicação institucional passe por mudanças de paradigmas, de modo a abordar a temática em campanhas internas, que devem ser concebidas com o intuito de nivelar conhecimento e fortalecer a ideia de que há interesse em proteger e responsabilidade institucional quanto a potenciais abusos.

Além do que foi dito, a formação de membros e servidores em perspectiva de gênero se apresenta como marco relevante para a modificação do estado das coisas, tendo em vista que a cultura organizacional é que dá a tônica, de fato, dos programas de integridade. Já que os achados apontam que as mulheres são as maiores vítimas em potencial, não se pode ignorar que as “lentes de gênero”, termo cunhado pela procuradora de Justiça Ivana Farina, do Ministério Público de Goiás, ao se referir à importância da perspectiva de gênero na atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, são cruciais para a reversão desse quadro, portanto, elas devem ser utilizadas sempre que forem úteis para reduzir as desigualdades.

Também é pontual o envolvimento e o compromisso da Administração Superior no tocante à convergência da política de equidade de gênero e a atuação institucional, pois, como é sabido, “o sucesso do *compliance* estará nas mãos do ‘número um’ da organização”, de modo que não basta ser entusiasta, o líder tem de praticá-lo sempre (GIOVANINI, 2020, p. 104).

3. A PERSPECTIVA DE GÊNERO NO PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA ALÉM DO COMBATE AOS ASSÉDIOS

Destaca-se que a perspectiva de gênero nos programas de integridade é algo crucial para enfrentar, responsabilizar e evitar a prática de assédio no ambiente de trabalho, seja moral ou sexual, porém, observa-se que essa forma de abordagem deve ir além. Outras medidas estratégicas, como ações afirmativas no âmbito institucional, têm a mesma sorte de promover igualdade e justiça.

As medidas afirmativas para igualdade de gênero têm se mostrado instrumentos valiosos e que têm sido aplicados de forma estratégica no serviço público. Cita-se, nesse propósito, a recente norma editada pelo Conselho Nacional de Justiça que determinou a criação de política de alternância de gênero no preenchimento de vagas para a segunda instância do Judiciário. Com essa decisão, as cortes deverão utilizar a lista exclusiva para mulheres, alternadamente, com a lista mista tradicional, nas promoções pelo critério do merecimento (CNJ, 2023). Espera-se que normas de mesma natureza também sejam editadas pelo Ministério Público.

Quanto às medidas de igualação que podem ser aplicadas no âmbito de um programa de integridade ministerial, é possível mencionar a Resolução n.º 264/2023 do Conselho Nacional do Ministério Público, que estabeleceu parâmetros gerais para a contratação de mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar no âmbito dos ramos e das unidades do Ministério Público.

Outra ferramenta que parece ser útil quanto à igualdade de oportunidades e que se insere na atuação interna e administrativa do *Parquet* é a oferta paritária de vagas para homens e mulheres nos programas de estágio ministerial. Ou, ainda, o estabelecimento de igual proporção entre sexos no preenchimento dos cargos em comissão da instituição, tendo em vista ter sido verificado, de acordo com pesquisa já citada no presente estudo, que mulheres ocupam número bem menor de cargos na Administração do que os homens.

Essas são apenas algumas pinceladas do que pode ser feito em relação ao tema, sem qualquer pretensão de esgotamento do rol de medidas, mas como uma proposição de que é possível adotar as “lentes de gênero” não apenas na atividade-fim, mas com muita propriedade também na atividade-meio.

CONCLUSÕES

Feitas essas digressões, reafirmamos que medidas de combate às práticas de assédio, seja moral ou sexual, dialogam diretamente com a implementação do programa de integridade no âmbito do Ministério Público brasileiro, tendo como base uma atuação interseccional e visando impedir violação de direitos fundamentais também no gerenciamento de suas atividades administrativas.

Além disso, partindo-se da premissa de que é imprescindível fortalecer a cultura institucional, a adoção de cursos para formação e capacitação de membros e servidores é aspecto fundamental na incorporação da perspectiva de gênero. Programas de integridade que incluam treinamentos sobre igualdade de gênero, direitos humanos e diversidade ajudam a criar uma cultura organizacional mais sensível e preparada para lidar com os direitos dos vulneráveis.

Para além do enfrentamento dos assédios em geral, ações afirmativas aplicadas na esfera administrativa podem contribuir para que o ambiente laboral dentro do Ministério Público seja de igualdade de condições e oportunidades para homens e mulheres.

Por fim, adoção da perspectiva de gênero nos programas de integridade do Ministério Público não apenas reforça a missão institucional de defesa dos direitos fundamentais, mas contribui para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa. O comprometimento com a igualdade de gênero se reflete em uma atuação mais responsável e consciente, favorecendo a confiança da sociedade nas instituições públicas e oportunizando igualdade entre homens e mulheres em todos os ambientes.

Dessa forma, a integração da perspectiva de gênero não é apenas uma questão de cumprimento de normas e mitigação de riscos corporativos para a atuação do Ministério Público em sua atividade-meio, mas uma estratégia essencial para a transformação social e a consolidação de um sistema de justiça verdadeiramente inclusivo e eficaz, que inspira mudanças não apenas pelo que cobra e fiscaliza, mas pelo que efetivamente faz.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PETROBRAS. **Petrobras prepara nova fase do Canal de Acolhimento a vítimas de assédio sexual**, 2023. Disponível em: <<https://agencia.petrobras.com.br/w/institucional/petrobras-prepara-nova-fase-do-canal-de-acolhimento-a-vitimas-de-assedio-sexual>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BARROS, Alice Monteiro. **Assédio moral no trabalho**. Síntese Trabalhista. Porto Alegre, v. 16, n.º 184, p. 136-151, out. 2004.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; GRANADO, Gustavo Adolfo Rocha. **Compliance no setor público: necessário; mas suficiente?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente-18042017>>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Manual para Implementação de Programas de Integridade**, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei n.º 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11129.htm>. Acesso em: 7 jan. 2025.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU, GUIA LILÁS: Orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo Federal**, 2023. Disponível em: <<https://basede-conhecimento.cgu.gov.br/server/api/core/bitstreams/1673bddf-7fec-44df-bd06-cdb4ccf8fff1/content>>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BREIER, Ricardo. **Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 324.

COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. **Compliance na Administração Pública: uma necessidade para o Brasil**, 2017. Disponível em: <<http://faculadeguanambi.edu.br/revistas/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero** [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br> e www.enfam.jus.br> ISBN nº 978-65-88022-06-1>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ aprova regra de gênero para a promoção de juízes e juízas**, 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades do programa de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de integridade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 54.

EGOV. Escola de Governo do Distrito Federal. **Assédio na Administração Pública: combate e prevenção**. 2023. Disponível em: <<https://egov.df.gov.br/wp-content/uploads/2023/02/Apresentacao-21.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2024.

ENAP. Escola Nacional de Administração Pública. Datathon, **Desigualdades de Gênero no Serviço Público**. 2024. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/8069/1/GNOVA%20-%20E-book%20do%20Primeiro%20Datathon_A4%20v2.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2025.

FÉRES, Marcelo Andrade; LIMA, Henrique Cunha Souza. *Compliance* anticorrupção: formas e funções na legislação internacional, na estrangeira e na Lei n. 12.846/13. In: FORTINI, Cristiana (Coord). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 147.

GIOVANINI, Wagner. Programas de *compliance* e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 104.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano, Ed. Bertrand Brasil, 3 ed. Rio de Janeiro, 2002, 224 páginas.

KEPPEN, Mariana; MOURA, Eduardo. Legal Ethics *Compliance*. **Programas de Combate ao Assédio como desdobramento da maturidade dos Sistemas de Integridade**. 2023. Disponível em: <<https://lec.com.br/programas-de-combate-ao-assedio-como-desdobramento-da-maturidade-dos-sistemas-de-integridade/>>. Acesso em: 5 dez. 2024.

LEC. Legal Ethics *Compliance*. **Funções de um Compliance Officer**. 2021. Disponível em: <<https://lec.com.br/compliance-officer/>>. Acesso em: 12 jan. 2025.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 194.

MARIN, Tâmera Padoin Marques. **A lei anticorrupção e o acordo de leniência. Uma análise do regime geral para a celebração do instrumento**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 101.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>>. Acesso em: 13 dez. 2024.

NAVEX GLOBAL. **Regional Whistleblowing Hotline Benchmark Report**. 2022. Disponível em: <<file:///C:/Users/44305/Downloads/navex-regional-whistleblowing-benchmark-report-2022.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

OLIVEIRA, Rafael; NEVES, Daniel. **O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e à Lei n.º 12.846/13**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 17, n.º 65. 2014. p. 193.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU News. Perspectiva Global Reportagens Humanas. **Uma em cada cinco pessoas sofre com violência e assédio no emprego**. 2022. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2022/12/1806327>>. Acesso em: 2 dez. 2024.

ONU Mulheres Brasil. **Relatório 2024 – ONU Mulheres**. Disponível em: <<https://www.onumulheres.org.br/noticias/panorama-de-genero-2024/>>. Acesso em: 13 dez. 2025.

PANOEIRO, José Maria de Castro. **Política Criminal e Direito Penal Econômico. Um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários**. Porto Alegre: Núbia Fabris Editora, 2014. p. 170.

PETROBRAS. **Diretriz de Prevenção e Combate à Discriminação, ao Assédio Moral e às Violências Sexuais**. 2023. Disponível em: <<file:///C:/Users/21794/Downloads/PREVEN%C3%87%C3%83O%20E%20COMBATE%20%C3%80%20DISCRIMINA%C3%87%C3%83O,%20AO%20ASS%C3%89DIO%20MORAL%20E%20%C3%80S%20VIOL%C3%84NCIAS%20SEXUAIS.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

SANTANA, Ediane Lopes de. Mulheres partidas: o estigma e a tolerância institucional à violência como barreiras às denúncias de violência doméstica. **X Encontro Estadual de História – ANPUH Bahia**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.encontro2020.bahia.anpuh.org/resources/anais/19/anpuh-ba-eeh2020/1604453971_ARQUIVO_1c103f86db0f7832765cd8b-184587b3c.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST. **Assédio sexual**: o que é, quais são os seus direitos e como prevenir? 2020. Disponível em: <<https://tst.jus.br/assedio-sexual#:~:text=O%20assédio%20sexual%20é%20definido,processos%20na%20Justiça%20do%20Trabalho>>. Acesso em: 18 dez. 2024.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance. Incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 100.

VIEIRA, Gabriela Alves Mendes; VARELLA, Marcelo Dias. **A conexão entre os direitos humanos e a corrupção**. Revista de Direito Internacional – UniCEUB. Brasília. Volume 12. n.º II. 2014. p. 477/494.

SOBRE A AUTORA

Tâmera Padoin Marques Marin é Doutora em Direito Constitucional pela PUC/RS e Mestre em Direito Econômico pela PUC/PR. Coordenadora do Comitê de Integridade do MPRO. Promotora de Justiça no MPRO.

A REPARAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO VIA ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL: A BUSCA DE EFETIVIDADE

REPARATION OF PUBLIC TREASURY LOSSES VIA CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND ITS CONNECTION TO THE CIVIL PATH: SEEKING GREATER EFFECTIVENESS

Fernando Martins Zaupa

Resumo: O presente artigo estabelece digressão sobre a correlação dos sistemas cível e criminal de tutela do patrimônio público e preferência ao caminho consensual criminal como forma de se obter maior efetividade na reparação ao erário. Nessa esteira, são apontadas as razões da escolha da via negocial do acordo de não persecução penal para o trato da reparação do dano ao erário, sobejando ao acordo de não persecução civil as demais tratativas (sanções e medidas atípicas) possibilitadas pela Lei n.º 8.429/92. Pontos como celeridade, segurança jurídica e menores entraves burocráticos (excesso de requisitos e intervenção de pluralidade de atores) são abordados e comparados entre ambos os sistemas, de forma a embasar a conclusão do escrito em testilha.

Palavras-chaves: Negociação. Acordo de Não Persecução Penal. Acordo de Não Persecução Civil. Reparação do Dano. Efetividade.

Abstract: *This article presents a discussion on the correlation between the civil and criminal systems for the protection of public assets, with an emphasis on the preference for the consensual criminal path as a means of achieving greater effectiveness in the reparation of damages to the public treasury. In this context, the reasons for choosing the negotiated route of the non-prosecution agreement (ANPP) in criminal proceedings for addressing the reparation of damages are highlighted, while the civil non-prosecution agreement is left to address the remaining aspects (such as sanctions and atypical measures) permitted under Law No. 8,429/92. Key points such as speed, legal certainty, and fewer bureaucratic obstacles (including excessive requirements and the involvement of multiple actors) are examined and compared between the two systems, in order to support the conclusion reached in the study.*

Keywords: *Negotiation. Criminal Non-Prosecution Agreement. Civil Non-Prosecution Agreement. Reparation of Damages. Effectiveness.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentos para a negociação do dano na seara criminal; 3. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A tutela ao patrimônio público vem passando por transformações normativas de modo a buscar cada vez mais atenuar os efeitos da morosidade judicial e, assim, privilegiar práticas que possam estabelecer uma proteção ao bem público de forma mais célere e, dentro do possível, com menos atritos e imprevisibilidades.

Nessa lógica, tem-se a linha negocial como uma vertente a ser perquirida, tanto na esfera civil como na esfera criminal.

Os chamados acordos extrajudiciais e judiciais estão a ser utilizados como forma de tentar aproximar os polos de uma contenda judicial, a qual cada vez mais se mostra demorada, incerta e, em muitos casos, ineficaz.

No âmbito criminal, após aceitação do mundo jurídico aos ditames da Resolução CNMP n.º 181/2017, por meio do chamado *pacote anticrime* (Lei n.º 13.964/19), com escopo de se economizar recursos até então gastos com a burocracia processual, desafogar o sistema judicial dos casos alegados como de menor gravidade e alinhar o ordenamento criminal à chamada justiça consensual, foi criado o acordo de não persecução penal (ANPP).

No terreno da improbidade administrativa, a construção jurisprudencial ensejou também a flexibilização do dever de ação em caso de constatação de ato ímprobo, com o Congresso Nacional, no mesmo contexto acima citado, inserindo na Lei de Improbidade Administrativa a possibilidade da linha negocial, por meio do chamado acordo de não persecução civil (ANPC).

Contudo, eis que a Lei n.º 14.230/21, a qual alterou significativamente a Lei de Improbidade Administrativa, trouxe também diversos dispositivos referentes ao acordo de não persecução cível, com novas condições para a realização do acordo.

Recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público também publicou a Resolução n.º 306, regulamentando o art. 17-B da Lei n.º 8.429/92, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o acordo de não persecução civil.

Em meio às novas exigências e parâmetros, conjugando-os às alterações normativas supramencionadas, ficou estabelecido que, para o acordo de não persecução cível extrajudicial, ou seja, aquele realizado durante a fase investigativa, haverá necessidade de oitiva do ente lesado, além de sua aprovação pelo órgão competente do Ministério Público para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis e, na sequência, ocorrer sua homologação pelo Poder Judiciário.

Ainda que se abstraia a equivocada disposição da remessa obrigatória do acordo ao Tribunal de Contas quando houver cláusula de reparação de dano ao erário para análise de seu valor (dispositivo suspenso pelo Supremo Tribunal Federal via ADI 7236), tem-se que, ainda assim, o tempo para a tramitação total do acordo de não persecução civil, de sua entabulação à homologação, com essa nova via procedimental e judicial, ficou significativamente mais extenso e suscetível a entraves.

Não se pode olvidar que a normativa estabeleceu prazo para cada fase e ato; contudo, em razão de sua natureza imprópria, o que se tem visto em termos práticos é seu demasiado alargamento, perdendo-se em métrica ante a burocracia procedimental (comunicações, sistemas, etc.) e volume de trabalho dos entes e órgãos envolvidos.

Diante desse cenário e aproveitando a busca cada vez maior dos Ministérios Públicos em desenvolverem uma atuação cumulativa nas searas cível e criminal na tutela do patrimônio público (como já ocorre em vários estados da federação), tem-se que o ressarcimento do dano patrimonial pode ser realizado, em muitos casos e de modo mais célere e desburocratizado, dentro da esfera criminal, por meio de acordo de não persecução penal.

Uma vez realizado o acordo na esfera criminal, haverá maior celeridade no cumprimento da restituição aos cofres públicos dos valores e bens devidos e sobejará, se for o caso, um acordo de não persecução cível, sem maiores complicadores e sem prejuízo à tutela do bem público, caso haja a cediça morosidade.

FUNDAMENTOS PARA A NEGOCIAÇÃO DO DANO NA SEARA CRIMINAL

Quem atua na seara de tutela do patrimônio público constata que muitas figuras típicas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/93) também constituem figuras típicas do Código Penal ou legislação extravagante em vigor. Podem-se citar como exemplo algumas das condutas relacionadas a fraudes às licitações, as quais podem configurar um ou mais tipos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade bem como tipos penais do Capítulo I (“Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral”) do Código Penal.

Nesse exemplo, a conduta de um ou mais investigados envolvidos em fraude à licitação onde haja, além de enriquecimento ilícito, evidenciado prejuízo ao erário, além de poder ser tipificado nos artigos 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, também poderá configurar o crime do art. 337-F do Código Penal.

Dispõe a Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de van-

tagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva.

O Código Penal estabelece:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Assim, estando o Ministério Público a fazer a investigação do fato (do caso) nas esferas cível (por exemplo, via inquérito civil) e criminal (via procedimento de investigação criminal – PIC), constatando e quantificando o dano ao erário, poderá promover sua busca de forma mais célere e desburocratizada no juízo criminal, mediante o chamado acordo de não persecução penal (ANPP).

Dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo (...)

Tendo o legislador dificultado sobremaneira a atuação do Ministério Público no acordo da improbidade administrativa com o regramento disfuncional posto pela Lei n.º 14.230/21 (quando há dever de reparação do dano), é praticamente voz uníssonos os que atuam na árdua seara do patrimônio público, à luz do microssistema da prevenção e combate à corrupção, que se busque via acordo de não persecução penal a reparação integral do dano, porquanto prevista na legislação criminal e, ainda, por atender aos princípios da celeridade e eficiência.

Importante lembrar que a natureza da reparação de danos não é sanção: é obrigação do agente responsável por sua ocorrência. As sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa são especificadas e descritas nos incisos I, II e III de seu art. 12:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos.

A reparação do dano, pois, pode ser feita por qualquer via e mecanismo.

Vale lembrar que a reparação de danos ao erário pode ser perquirida pelo Ministério Público inclusive via Termo de Ajustamento de Conduta, nos termos da Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), nos casos em que não configurar ato de improbidade administrativa, de modo a demonstrar que o sistema pátrio apresenta diversos caminhos e instrumentos para esse ressarcimento:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

VIII – ao patrimônio público e social.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Aliás, o Código de Processo Civil possibilita de forma ampla e, portanto, aplicável a todos os casos, cumulativamente ou não, o acordo para resolução do caso. No contexto do artigo, para a reparação do dano:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A obrigação de reparação do dano ao erário, tratando-se de um fato determinado, é única, independentemente de poder incidir mais de uma norma sancionatória sobre essa conduta, seja administrativa, seja cível ou criminal.

Diante desse cenário, estando o órgão do Ministério Público diante de um caso a ensejar tipificação civil e criminal em que ambas as tipificações detonam a existência de um único dano, é possível a busca de sua reparação (ou indenização) na seara criminal.

Isso porque, uma vez homologado o acordo de não persecução penal, o Ministério Público possuirá um título executivo judicial sobre o valor do dano, não havendo mais interesse jurídico em se postular outro título judicial (no caso, um acordo de não persecução cível), sobre o mesmo fato e sobre o mesmo autor. Além de *bis in idem*, tratar-se-ia de atividade contraproducente e na contramão da linha resolutiva.

Em outros termos, tendo o órgão de execução conseguido êxito na celebração de um acordo de não persecução criminal na seara do patrimônio público, com a inserção obrigatória da reparação integral do dano ao erário, além de evidenciado *bis in idem*, haveria falta de interesse de agir perante o Poder Judiciário na inserção também da mesma condição e dever em um acordo de não persecução cível, porquanto já existente um título executivo judicial sobre o mesmo fato, dever e autor.

Importante destacar que, se está a trabalhar com o conceito de reparação integral, porquanto uma reparação apenas parcial no juízo criminal obrigatoriamente ensejará ao órgão de execução com atuação também na improbidade que estabeleça no acordo de não persecução civil o ajuste devido quanto ao valor faltante.

Há situações de discussão a respeito da forma de reparação do dano, e, nesse ponto, é destacável consignar que há aceitação da jurisprudência da divisão de valores entre os investigados em forma distinta da solidariedade, inclusive com diferença de montante, sob os critérios de razoabilidade e proporcionalidade perante suas condutas e produção do dano causado. Também há aceitação da conversão de valores em prestação de serviços, quando não há realmente como, por outro modo, haver pagamento em pecúnia pela reparação do dano. Nesses casos, um dos mecanismos adotado poderá ser a estipulação de valor da hora trabalhada para o caso de cumprimento parcial ou descumprimento total e necessidade de execução do valor do título executivo. O tema dos modos de reparação não é simples, e sua abordagem fugiria ao proposto do presente escrito, sendo aqui registrados alguns aspectos apenas para conhecimento de sua existência e demonstração da amplitude de sua possibilidade.

A prática tem demonstrado que o acordo de não persecução penal é muito mais célere que o acordo de não persecução civil, justamente por não demandar tantos atos e acionamento de órgãos diversos como ocorre na improbidade.

Desse modo, havendo também um procedimento cível e, se for o caso, de celebração de acordo de não persecução cível, poderá o órgão de execução, fazendo menção do título executivo judicial sobre o valor integral do dano obtido na esfera criminal, entabular apenas as demais cláusulas e/ou obrigações estampadas na Lei de Improbidade Administrativa.

Uma ressalva, contudo, deve ser feita, para que se evite equívocos procedimentais por parte dos órgãos de execução: somente haverá essa possibilidade se já houver previamente o título executivo judicial homologado pelo juízo criminal.

Caso contrário, não caberá celebrar um acordo de não persecução cível abstraindo a reparação do dano, sob alegação de que também há um acordo de não persecução penal a conter essa condição, já que o acordo de não persecução penal ainda terá uma tramitação a percorrer, e sua homologação pode não ocorrer.

Poder-se-á indagar a respeito da necessidade de confissão por ocasião do acordo de não persecução penal e sua desnecessidade no acordo de não persecução civil, o que poderia gerar entraves na esfera criminal em termos de aceitação. Ocorre que temos visto uma alta porcentagem de aceitação do acordo de não persecução penal em casos levados a juízo para homologação, mormente quando também demonstrada a prática de improbidade administrativa. Ademais, temos percebido que, havendo forte lastro probatório, o acordo é bem-visto por boa parcela dos investigados, ante os efeitos que uma condenação ou mesmo longa tramitação processual e condição de processado costumam ocasionar nos variados meios. Por isso é basilar que não se proponha qualquer tipo de acordo antes de realmente esgotar todos os caminhos possíveis e cabíveis de uma investigação.

Por fim, sobre a questão, lembramos que, ainda que a confissão esteja como exigência pela letra da lei, há entendimentos sobre sua desnecessidade, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no HABEAS CORPUS n.º 762.049 – PR (2022/0245416-2). Não nos filiamos a esse entendimento; contudo, parece ser o caminho a ser adotado pelo Judiciário brasileiro, inclusive por haver neste momento tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional, no sentido de dispensar a confissão do investigado para a celebração do acordo em tela.

CONCLUSÃO

Deste modo, ante a possibilidade de celebrações de acordos de diversas naturezas e em variadas esferas, havendo elementos a demonstrar que a conduta do agente ensejou danos ao erário, estando essa conduta a configurar ato de improbidade administrativa e algum tipo penal passível de acordo de não persecução penal, não há óbice que essa reparação ocorra em esfera criminal. Em verdade, conforme ampla fundamentação exposta, é o caminho recomendável e a ser perquirido. Neste caso, havendo possibilidade de também ser celebrado o acordo de não persecução civil, uma vez já constituído na seara criminal título executivo judicial ante a decisão homologatória, não há mais que se falar em inserção de cláusula ressarcitória no instrumento civil, bastando a inserção de outros compromissos estampados na lei de improbidade.

Em termos práticos, nos casos de encaminhamento ao órgão do Ministério Público com atribuição para análise do acordo de não persecução cível para os fins dispostos no art. 17-B, § 1º, II, e, na sequência, remessa ao Poder Judiciário, tendo a reparação do dano já sido estabelecida em obrigação pactuada em acordo de não persecução penal (juízo criminal), em razão de se tratar de mesmo fato e autor do dano, deverá o órgão de execução também encaminhar a esse órgão o acordo de não persecução penal e a respectiva sentença homologatória. Deste modo, estará a demonstrar a existência desse título executivo judicial e as razões de não ter entabulado com o investigado, na seara da improbidade, pacto pelo ressarcimento do dano ao erário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei n.º 2.848/40 (Código Penal)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689/41 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 7.347/85**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 8.429/92**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 13.105/15 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 13.964/19**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 14.230/21**. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. **Resolução n.º 306/2025 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Regulamenta o artigo 17-B da Lei n.º 8.429/1992, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o acordo de não persecução civil. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CALJ/resolucoes/Resoluo-n-306.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2025.

SOBRE O AUTOR

Fernando Martins Zaupa é especialista em Direito Constitucional. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e coordenador do Núcleo do Patrimônio Público.

ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONTRASTE ENTRE A CONVENÇÃO DE MÉRIDA E A LEI N.º 14.230/21

ANALYSIS OF THE SUBJECTIVE ELEMENT (INTENT) IN ADMINISTRATIVE MISCONDUCT ACTS: A CONTRAST BETWEEN THE MERIDA CONVENTION AND LAW NO. 14.230/21

Daniel de Sá Rodrigues

Thiago Augusto Vale Lauria

Leandro Mateus de Bessas Santos

Resumo: O presente estudo analisa as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021 na Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), com ênfase na exigência do dolo como elemento subjetivo para a configuração dos atos de improbidade administrativa. Por meio da análise normativa e doutrinária, investiga a compatibilidade das novas disposições da LIA com algumas das mais modernas e/ou aceitas concepções dogmáticas sobre o dolo e a Convenção de Mérida, propondo que a análise do elemento subjetivo deva ser realizada de modo a garantir a efetividade das normas anticorrupção.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Elemento subjetivo. Dolo. Convenção de Mérida.

Abstract: This study analyzes the amendments introduced by Law No. 14.230/2021 to Law No. 8.429/1992 (Brazilian Administrative Misconduct Law), with emphasis on the requirement of intent as the subjective element for the characterization of administrative misconduct acts. Through normative and doctrinal analysis, it examines the compatibility of the new provisions of the Brazilian Law with some of the most modern and/or widely accepted dogmatic conceptions of intent and the Merida Convention, proposing that the analysis of the subjective element must be carried out in a way that ensures the effectiveness of anti-corruption norms.

Keywords: Administrative misconduct. Subjective element. Intent. Merida Convention.

Sumário: 1. Introdução; 2. A lei n.º 14.230/2021 e o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa; 3. Das balizas mínimas de combate à corrupção estabelecidas pela convenção de mérida; 4. Da interpretação conforme a convenção de mérida; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei n.º 14.230/2021, o legislador brasileiro excluiu a possibilidade de configuração de atos de improbidade administrativa culposos. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Tema de Repercussão Geral n.º 1.199 (ARE 843.989), fixou, entre outras, a tese de que é necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se sempre a presença do elemento subjetivo dolo.

Indo além, parte da doutrina e da jurisprudência, especialmente em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), passou a exigir, também, para o aperfeiçoamento completo da conduta típica, a presença do chamado “dolo específico”. Contudo, essa interpretação restritiva levanta questionamentos quanto à sua compatibilidade com a concepção moderna do dolo segundo a teoria do crime e os princípios estabelecidos na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 5.687/2006.

Diante desse cenário, o presente estudo propõe que a exigência da presença de um elemento subjetivo especial a nortear a conduta do agente e o próprio conceito de dolo sejam interpretados à luz de algumas das mais modernas e/ou aceitas concepções doutrinárias e imediatamente obtemperados pelos ditames da Convenção de Mérida, garantindo maior efetividade do combate à corrupção e a harmonização do ordenamento jurídico nacional com os padrões internacionais.

2. A LEI N.º 14.230/2021 E O ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei n.º 14.230/21 modificou significativamente a abordagem conferida pelo Direito brasileiro à questão da improbidade administrativa, ao extirpar do ordenamento a previsão dos atos ímprobos de natureza culposa e estabelecer o dolo como elemento subjetivo imprescindível à configuração dessas figuras típicas, a teor do disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). A nova legislação não apenas previu o dolo como elementar dos tipos de improbidade administrativa, como quis conferir-lhe uma interpretação autêntica, ao definir o seu conceito no § 2º do artigo 1º da Lei n.º 8.429/92.

Se não bastasse, para além da simples exigência do dolo como pressuposto para a caracterização da improbidade administrativa, o legislador pretendeu incluir, como elementar desses tipos, a prova de um especial fim a nortear a conduta do agente público ímprobo. Veja-se:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

O artigo 11, § 2º, da LIA, a princípio, funcionaria como uma espécie de norma de extensão ou de reenvio, a qual procuraria acrescentar a todos os tipos de improbidade administrativa novas elementares subjetivas, consubstanciadas no fim do agente público de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem com sua conduta.

De fato, ao interpretar esse dispositivo legal, parte da doutrina vem afirmando que o “dolo específico” teria passado a constituir uma elementar inerente ao aperfeiçoamento de todo e qualquer tipo de improbidade administrativa (GUIMARÃES, 2022). Esse entendimento, todavia, não se afigura como o mais adequado do ponto de vista técnico-dogmático, mormente quando se considera o atual estado de evolução do estudo do instituto do dolo no seio da doutrina jurídico-penal, o qual encontra ressonância expressa na redação da Convenção de Mérida.

Primeiramente, convém assinalar que o dolo não se confunde com os elementos subjetivos especiais do tipo. O dolo, ao contrário, é apenas um, integrando-se com o conhecimento das circunstâncias elementares e/ou do risco qualificado de produção do resultado, não cumprindo, o elemento volitivo, uma função autônoma, exceto em um sentido atributivo¹.

Hodiernamente, a Teoria do Delito se afastou das concepções tradicionais do dolo, de corte psicológico, conferindo ênfase ao elemento intelectual e tomando o elemento volitivo no sentido atributivo (e não descritivo)². Dentro dessa evolução conceitual, a conduta dolosa prescindiria da intenção do agente na prática de uma dada ilegalidade, de maneira que a execução do tipo penal proibido dependeria exclusivamente da ação praticada, da aferição de uma consequência natural entre o fato e o resultado. Estar-se-ia, pois, diante do “dolo sem vontade” no sentido psicológico, desinteressando perquirir o elemento

1 A perspectiva proposta não possui caráter ou interesse meramente doutrinário, mormente porque pavimenta o caminho para o desenvolvimento da construção de uma concepção normativa de dolo, questão de grande repercussão prática, inclusive, agora, na esfera da improbidade administrativa.

2 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. *apud* D'ALMEIDA, Luís Duarte *et al*, em um texto seminal, em que se discute amplamente as distinções entre os sentidos atributivo (na moral, na ética e no direito) e psicológico da vontade, e a concluir que a vontade, no dolo, é considerada no sentido atributivo.

volitivo que move o agente, em um sentido estritamente psicológico³.

O que interessa saber não é se o ato era querido pelo indivíduo que o realizou, mas se pode ser a ele efetivamente imputado segundo parâmetros de racionalidade. Neste sentido, afere-se se um agente, com determinados conhecimentos factuais (acerca das elementares do tipo e do prognóstico do resultado), somente teria atuado caso estivesse disposto a aceitar, em uma tábua de racionalidade, a realização do tipo (PUPPE, 1993; MARTELETO FILHO, 2020).

Isso significa que o *standard* probatório que autoriza a imposição de uma condenação por ato de improbidade administrativa independe da demonstração inequívoca de que o agente dirigiu sua conduta com a intenção – em um sentido psicológico – de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem. O que se indaga é: com base em um parâmetro de racionalidade média, a conduta revelou, objetivamente, que havia intenção de obter proveito ou de conferir benefício indevido para si ou para outrem? Afinal, mostra-se impossível ao operador do Direito se intrometer entre os pensamentos do agente ímprobo e, por um monitoramento mental remoto, descobrir qual seria a sua vontade (psicológica) quando do cometimento dos atos típicos que lhe são imputados. Pelo contrário, basta que o intérprete analise o comportamento do agente pela perspectiva do conhecimento que o agente possuía quando do ato. Sob essa ótica, o conhecimento deve ser *comprovado*; a vontade será *imputada*. Dolo, destarte, é conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável.

Imprescindível ter em mente esses conceitos e referenciais teóricos para evitar qualquer equívoco de interpretação da norma trazida pelo legislador reformista nos já mencionados §§ 1º e 2º do artigo 1º da Lei n.º 8429/92, com a redação dada pela Lei n.º 14.230/21, especialmente neste último:

Art. 1º...

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

Dito de outro modo, descabe exigir do titular da ação de improbidade administrativa que prove, para além de qualquer dúvida fundada, a vontade psicológica do agente ímprobo. Basta que se identifique objetivamente a conduta e se demonstre que a ocorrência do resultado – seja ele o enriquecimento ilícito, o dano ao erário ou a violação a um princípio da Administração Pública – é algo provável, que estará caracterizada a conduta dolosa, bem como o elemento subjetivo especial do tipo de improbidade administrativa.

3 O tema foi abordado, com profundidade, em palestra proferida no Programa Segunda-feira 18h, promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPMG, no dia 19 de setembro de 2022, cujo conteúdo pode ser acessado pelo link <https://www.youtube.com/watch?v=LFV0rcLVa_M>, por Wagner Mateleto Filho, promotor de Justiça, exposição que contribuiu de forma inestimável para a elaboração deste trabalho.

E tudo o que se afirmou acerca do dolo, como conceito geral, também se aplica ao elemento subjetivo especial previsto em tipos específicos.

Há muito tempo, a doutrina penalista abandonou a visão segundo a qual o especial fim de agir, introduzido expressamente no bojo de um tipo, representaria uma espécie de “dolo específico”. Na verdade, compreende-se que essas finalidades especiais constituem um elemento subjetivo especial do tipo, não integrando nem se confundindo com o conceito de dolo. O dolo, repise-se, é um só, e se integra com o conhecimento da realização das circunstâncias elementares dos tipos e/ou com o conhecimento do risco do resultado naturalístico neles previsto (tomado este como não improvável em uma tábua de racionalidade). Merece ser destacado:

O dolo pode ser adequadamente fundamentado com base no elemento cognitivo e a razão para isso reside no fato de que a representação do perigo permite ao autor exercer o controle sobre o próprio corpo e que, portanto, domina o que está sendo realizado. (...)

A qualidade do risco doloso é identificada recorrendo-se à inferencialidade capaz de expressar o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado. (VIANA, 2017, p. 294).

Os elementos subjetivos especiais, por sua vez, são finalidades específicas exigidas em determinados tipos, como o assenhoreamento definitivo da coisa, no furto, por exemplo. Estes elementos são, como os demais elementos do tipo objetivo, objeto de referência do dolo, com eles não se confundindo (ROXIN; GRECO, 2020).

Isso importa afirmar para fins de se rechaçar a confusão realizada por uma doutrina menos avisada, que tem sustentado que a lei de improbidade passou a exigir “dolo específico”, ressuscitando-se uma categoria inexistente e, pior, em uma perspectiva psicologista do dolo, sem qualquer conexão com as finalidades normativas da lei e sem qualquer suporte dogmático.

A “intenção” referida, como elemento subjetivo especial do tipo, também se interpreta em um sentido atributivo-normativo, e não em um sentido psicológico-descritivo. A “intenção” é submetida, também, a um juízo inferencial, que se realiza segundo os elementos fáticos disponíveis e por meio do conhecimento do agente acerca desses elementos e das elementares do tipo objetivo.

Indaga-se: seria possível, em consideração a uma (inaceitável) “linguagem privada” (do agente ímprobo), afirmar que aquele que age para burlar um processo licitatório atuou “sem intenção” de se beneficiar ou beneficiar alguém com o ato? Ora, a intenção de beneficiamento próprio ou de terceiro, especialmente nos tipos de improbidade, é algo a eles inerente e não deve ser buscada ou pesquisada no psiquismo do agente, restaurando-se uma perspectiva psicologista há muito ultrapassada na dogmática penal.

De suma importância frisar que esse entendimento encontra correspondência expressa no bojo da Convenção de Mérida, a qual estatui que a intenção e o propósito deverão ser extraídos das circunstâncias concretas do caso. Significa dizer que o intérprete, nos termos da própria lei, não deve se preocupar com a impraticável demonstração da vontade subjetiva do agente público. Basta a comprovação das circunstâncias fáticas objetivas que a presença do dolo será meramente inferida, perfazendo-se o ato ilícito ímprobo, como dispõe o artigo 28 do Decreto n.º 5.687/2006, que ora se transcreve:

Conhecimento, intenção e propósito como elementos de um delito
O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.

O dolo, o fim de obter proveito próprio ou alheio ou vantagem indevida ou o intuito de causar dano ao erário deverão ser extraídos de uma análise daquilo que constituía objeto de conhecimento do agente quando de seu comportamento, não de quaisquer elucubrações acerca de sua vontade psicológica. Uma vez provado que o agente tinha conhecimento e domínio sobre sua conduta e, mesmo assim, direcionou-a no sentido da sua realização, estarão presentes tanto o dolo quanto o elemento subjetivo especial do tipo de improbidade administrativa.

De rigor consignar, portanto, que a alteração promovida pelo legislador infraconstitucional no seio da LIA não atingiu o patamar que, em um primeiro olhar, parecia ou até pode ter se pretendido alcançar. Isso porque, nos termos expostos, o conceito de dolo e os elementos subjetivos especiais do tipo penal se submetem, hodiernamente, a uma sistemática doutrinária, normativa e probatória na qual pouco importa a vontade (no sentido psicológico) do agente para a configuração da figura penalmente típica. Exige-se, tão somente, a prova do conhecimento do agente, não de sua vontade subjetiva. Entendimento esse que, impreterivelmente, deve ser transportado para a seara do direito administrativo sancionador, tendo em vista a previsão expressa constante do art. 28 da Convenção de Mérida.

Por fim, deve ser dito que alguma objeção ao entendimento ora esposado poderia ser formulada em virtude do manejo do vocábulo “delito” no bojo do artigo 28 do Decreto n.º 5.687/2006, dado que tal expressão atrairia, *a priori*, o interesse do Direito Penal. Todavia, cuida-se de uma falsa impressão, porquanto se está diante de um simples lapso de tradução, apenas mais uma das concepções equivocadas que o legislador infraconstitucional formou ao redor da Convenção de Mérida, conforme será exposto no item seguinte.

3. DAS BALIZAS MÍNIMAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO ESTABELECIDAS PELA CONVENÇÃO DE MÉRIDA

A Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto n.º 5.687/2006 e expressamente mencionada na Lei n.º 14.230/21, é um tratado internacional em matéria de combate à corrupção.

Conforme o artigo 11, §§ 1º e 2º, da LIA, esse acordo internacional supostamente exigiria, para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa, a obtenção de proveito ou benefício indevido. No entanto, essa exigência não encontra respaldo no texto da Convenção.

Inicialmente, tem-se que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção opera uma diferenciação no tratamento conferido aos ilícitos cíveis e penais⁴. Essa diferenciação aparece desde o preâmbulo, que separa expressamente os procedimentos de responsabilização nas esferas cível e penal, até o artigo 43, que estabelece padrões próprios de cooperação internacional para crimes e infrações civis ou administrativas. Dessa forma, é evidente que a Convenção de Mérida não se restringe à esfera criminal, abrangendo o combate à corrupção de forma mais ampla.

A reforçar a constatação acima e confirmar que a Convenção de Mérida visa a combater a corrupção em todas as esferas de responsabilidade, é preciso destacar que o tratado utiliza expressões variadas conforme o fenômeno jurídico abordado. Em diversos trechos, o documento emprega o termo genérico “*offences*” (infrações), enquanto, ao tratar especificamente de crimes, utiliza “*criminal offences*” (infrações penais). Comparando-se a redação original dos artigos 13, 15, 16, 17, 18, 23, 25, 26, 27, 28 e 29, nota-se a clara separação entre os ilícitos de maneira geral daquelas infrações de cunho puramente criminal⁵.

Ocorre que o legislador brasileiro, ao promulgar os termos da Convenção de Mérida e introduzir a norma no ordenamento jurídico pátrio, com o devido respeito, não distinguiu adequadamente esses termos, empregando o vocábulo “delito” para ambas as situações, em vez de diferenciar as expressões genéricas (“*offences*”) das específicas (“*criminal offences*”). Esse lapso técnico gerou impactos práticos na interpretação da norma, criando a falsa impressão de que a Convenção visaria exclusivamente à repressão criminal. No entanto, como exposto, o tratado trata da corrupção e da improbidade administrativa

4 Como forma de evitar discussões desnecessárias, anote-se que a Convenção de Mérida, apesar do nome, não versa exclusivamente acerca das condutas típicas insculpidas nos artigos 317 e 333 do Código Penal e de seus corolários cíveis. Pelo contrário, uma leitura dos artigos 15 a 25 desse tratado revela que ele normatiza diversos comportamentos reprováveis relacionados à malversação de recursos públicos e a desvios de conduta de agentes estatais e particulares. Assim, percebe-se que comportamentos como o tráfico de influência, o abuso de funções, o enriquecimento ilícito, a lavagem de dinheiro, a obstrução da Justiça, o peculato, entre outros, constituem objeto de normatização pela convenção, apesar de não configurarem atos de corrupção propriamente ditos. Isso significa que, com efeito, a Convenção de Mérida não representa um acordo internacional em matéria de corrupção, mas uma grande iniciativa mundial de combater a atos que, direta ou indiretamente, afrontam o valor da probidade administrativa.

5 Para confirmar o que ora se aduz, compare-se os seguintes dispositivos normativos, em sua versão original:

“Article 15. Bribery of national public officials. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as *criminal offences*, when committed intentionally:

“Article 16. Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations 1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a *criminal offence*”

“Article 26. Liability of legal persons 1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in the *offences* established in accordance with this Convention”.

“Article 28. Knowledge, intent and purpose as elements of an offence. Knowledge, intent or purpose required as an element of an *offence* established in accordance with this Convention may be inferred from objective factual circumstances”. (destaques nossos).

nas mais variadas esferas de responsabilidade⁶.

Assim, é necessário diferenciar os momentos em que a Convenção aborda a corrupção de forma ampla daqueles em que trata especificamente de seus aspectos criminais. Essa distinção permite definir o tratamento mínimo que deve ser adotado pelos países signatários na tipificação dos atos de corrupção.

Ao que interessa a este estudo, o foco recai sobre o artigo 65 da Convenção de Mérida, que dispõe que cada Estado-Parte do tratado poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na Convenção com o fim de prevenir a corrupção. Extrai-se, pois, que os Estados signatários somente poderão ultrapassar os limites postos pelo tratado com o fim de aumentar o rigor com o qual se combate a corrupção em seus respectivos territórios. As balizas postas pela Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção representam, portanto, uma normatização mínima de combate a essa nefasta prática, não um teto máximo de severidade jurídica.

A conclusão, por conseguinte, é unívoca: a Convenção de Mérida obriga seus signatários a adotar um modelo normativo mínimo de combate à corrupção. Os Estados-Parte não podem adotar medidas mais brandas para pessoas físicas e jurídicas envolvidas em atos ilícitos, sob pena de violação do tratado. A única permissão concedida é o aumento da severidade no combate à corrupção, aplicável tanto a ilícitos civis quanto penais. Dessa forma, a convenção veda qualquer flexibilização que torne a legislação nacional menos restritiva que o tratado.

Como já dito no tópico 2, o artigo 28 do Decreto n.º 5.687/2006 (que internalizou a Convenção de Mérida no Brasil) estatuiu que o conhecimento, a intenção ou o propósito requeridos como elementos de uma infração qualquer (penal ou cível) poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas. Por conseguinte, caso, após a Lei n.º 14.230/21, efetivamente se exigisse a comprovação da vontade psicológica do agente para a caracterização do elemento subjetivo dos atos de improbidade, estar-se-ia diante de uma violação frontal aos termos daquele acordo internacional.

Mais que isso, percebe-se que a referência posta pelo legislador infraconstitucional no art. 11, § 1º, da LIA, conjugada com a pretensa norma de extensão do seu § 2º, encontra-se em desarmonia com o arcabouço normativo estabelecido pela Convenção de Mérida. Ou seja, a exegese dogmática acerca do elemento subjetivo dolo nos atos de improbidade administrativa ora proposta encontra arrimo tanto na doutrina quanto na própria legislação brasileira, o que torna imperativa a realização de uma interpretação conforme, nos termos adiante sugeridos.

6 Não se desconhece que, por vezes, a expressão “offence” é vergada para se referir a infrações de natureza penal. Todavia, em um contexto no qual o próprio tratado internacional aduz combater a corrupção em todos os níveis, trabalha separadamente com conceitos de responsabilização penal, administrativa e civil, além de mencionar reiteradamente a expressão “criminal offence” quando pertinente, resta claro que o uso isolado da palavra “offence” demonstra o intuito de generalizar a aplicabilidade de determinado instituto ou dispositivo a todas as searas do Direito.

Além disso, os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, ou seja, abaixo da Constituição da República, porém acima da legislação interna. É exatamente esse o *status* da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, por tratar-se de um ato internacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2013).

Para confirmar esse entendimento, necessário ponderar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que a corrupção e a improbidade administrativa representam violações aos direitos humanos. O cidadão possui o direito fundamental a um governo probo, como bem informa a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Dado la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción en la región, la Comisión considera que sus impactos son profundos y diferenciados. Por un lado, los actos de corrupción pueden configurar violaciones de derechos humanos; y por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos.

Un primer grupo de situaciones que preocupa a la Comisión corresponde a aquellas en que mediante actos de corrupción se incumplen directamente las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Puede configurarse una violación de derechos humanos y con ello la responsabilidad internacional, cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado. De conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio.

Una segunda dimensión que es necesario clarificar es la relación contextual entre el fenómeno de corrupción y las violaciones de derechos humanos, esto es, las distintas formas en que se presenta la corrupción en la región y su vínculo con distintos tipos de violaciones de derechos humanos. Es claro que no sólo la corrupción viola derechos humanos, sino que se debe prestar atención a la forma en que diversos contextos de corrupción facilitan y/o fomentan la vulneración de derechos humanos. Lo anterior es relevante en la determinación de las medidas adecuadas que deben adoptar los Estados para erradicar la corrupción en la región. (CIDH, 2019, p. 59)

Assim, tendo em vista que a Convenção de Mérida é um ato internacional de Direitos Humanos assinado pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 348/2005, ratificado pelo Governo Brasileiro em 15 de junho de 2005 e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 5.687/2006, necessário é o reconhecimento de seu *status* supralegal. Todo o ordenamento jurídico brasileiro relacionado ao tema deve estar em conformidade com seus preceitos.

Corroborando essa interpretação, o promotor de Justiça do MPSP Landolfo Andrade de Souza (2023) sustenta que, tendo a convenção previsto tal elemento subjetivo especial apenas para a configuração dos abuso de funções – ato de corrupção tipificado no artigo 19 e que guarda semelhanças com

a violação de princípios da administração pública –, não seria possível, então, que a previsão do § 1º do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa fosse exigida também para a configuração de atos tipificados nos artigos 9º e 10, sob pena de ter-se uma lei nacional menos restritiva que a Convenção de Mérida. A propósito:

No particular, obtempera-se que a norma de extensão do § 2º do artigo 11 não alcança as modalidades dos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (lesão ao erário) da LIA. Vale dizer, a configuração dos atos de improbidade administrativa tipificados nos artigos 9º e 10 da LIA exige apenas a prova do dolo (elemento subjetivo geral do tipo). Isso porque, conforme previsto expressamente no § 1º do artigo 11 da LIA, a inspiração para a previsão dessa finalidade especial no agir é a Convenção de Mérida.

Nesta convenção, essa finalidade especial (intenção de obter um proveito indevido, para si ou para outrem) só é exigida para a configuração do abuso de funções, ato de corrupção tipificado em seu artigo 19[19], que guarda semelhanças com o ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da administração pública.

Para os outros dez tipos de corrupção descritos na convenção, nestes incluídos os ilícitos de enriquecimento ilícito[20] e malversação ou peculato[21], análogos às modalidades de improbidade previstas, respectivamente, nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (lesão ao erário) da LIA, não se exige nenhuma finalidade especial. Noutras palavras, dos onze tipos de corrupção descritos na convenção, apenas um (abuso de funções) exige, para além do dolo, o elemento subjetivo especial do tipo para a sua configuração.

Assim, numa interpretação lógico-sistemática da regra prevista no § 2º do artigo 11 da LIA, em conformidade com a convenção de Mérida, é forçoso concluir que a ratio da norma é padronizar a tipificação subjetiva de todos os atos de improbidade administrativa ofensivos aos princípios da administração pública, previstos na LIA ou em leis especiais, sob o influxo da regra prevista no artigo 19 da Convenção.

Entendimento contrário, no sentido de que a LIA exige essa finalidade especial para a configuração de todos os atos de improbidade administrativa, inclusive daqueles em relação aos quais a convenção exige apenas o dolo para a sua caracterização (lesão ao erário e enriquecimento ilícito), levaria à conclusão inexorável de que a LIA está sendo menos restritiva do que a Convenção de Mérida, em clara afronta ao disposto em seu artigo 65, parágrafo nº 2, que assim dispõe: “Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção”. Como resultado, a regra prevista no artigo 11, § 2º, da LIA seria considerada inválida, por incompatibilidade material vertical com a Convenção.

Nessa ordem de ideias, é forçoso concluir que o artigo 11, § 2º, da LIA estendeu a exigência dessa finalidade especial apenas para os atos de improbidade administrativa ofensivos aos princípios da administração pública previstos em leis esparsas, caso do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), da Lei de Acesso às Informações (Lei 12.527/2011) e da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) (SOUZA, 2023)

Portanto, forçoso é o reconhecimento da inviabilidade de qualquer inovação legislativa pelos Estados-Partes, ou mesmo interpretativa da norma, que seja menos severa que as previsões da Convenção de Mérida.

4. DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONVENÇÃO DE MÉRIDA

Uma vez fixadas todas as bases legais, jurídicas e argumentativas acima, é válido afirmar que a identificação da verdadeira extensão das reformas introduzidas na LIA pela Lei n.º 14.230/21 perpassa, também, por um juízo de compatibilidade para com o teor do Decreto n.º 5.687/2006.

Nesse norte, em primeiro lugar, é possível afirmar que as questões relacionadas às exigências de demonstração do dolo ou do fim especial *“de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”*, da *“vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado”* ou da *“finalidade ilícita”* por parte do agente demandam uma solução mais singela, pois os dispositivos legais correlatos admitem uma interpretação conforme a Convenção de Mérida que garante a sua higidez normativa.

Em suma, o legislador determinou que, para fins de caracterização do ato de improbidade administrativa, fosse provado o dolo, a voluntariedade e o intento do agente de atingir o resultado ilícito. Conforme já exposto, as modernas Teorias do Crime não exigem a vontade psicológica como elemento configurador do dolo, algo que, de plano, já afasta uma anamnese meramente literal e isolada do conceito de voluntariedade trazido pelo legislador reformista.

Na verdade, vindo ao encontro da corrente doutrinária atualmente dominante, o artigo 28 da Convenção de Mérida estatuiu que o conhecimento, a intenção ou o propósito requeridos como elementos de uma infração qualquer (penal ou cível) poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas. Ou seja, de acordo com a norma convencional (de hierarquia superior), basta que se prove o conhecimento por parte do agente e sua ação a despeito dessa ciência que a conduta deverá ser reputada como intencional e propositalmente destinada a alcançar uma finalidade ilícita. Os atos cometidos pelo agente servem como prova de sua intenção e de seu propósito verdadeiro, de maneira que a impossível tarefa de se demonstrar o que efetivamente se passava na cabeça do agente ímprobo deixa de ser um problema para o intérprete e aplicador do Direito⁷.

7 A título exemplificativo, o administrador público que, sabedor de seu dever de licitar, realiza uma contratação direta, age com a finalidade de causar dano ao erário ou de beneficiar indevidamente alguém. Aquele agente público que, ciente das limitações orçamentárias, excede o teto de gastos, labora com o fim de produzir resultado ilícito. Um servidor que deixar de realizar uma cotação prévia de preços e acabar por dar azo a uma contratação com sobrepreço também terá agido de maneira dolosa, pois o dolo será inferido dos elementos concretos que pautam sua ação, não de uma análise de sua psique. Das circunstâncias fáticas objetivas extrair-se-á o intento e o propósito do agente.

Dessarte, impõe-se seja conferida uma interpretação conforme à Convenção de Mérida aos artigos 1º, § 2º, e 11, §§ 1º, 2º e 5º, da LIA, para que a exigência de demonstração do dolo e do fim ilícito do agente sejam aferidos por meio das circunstâncias fáticas e objetivas do caso concreto, sem maiores divagações acerca do estado de espírito do envolvido. Exegese essa que sequer demanda a instauração de um incidente de inconveniência, por se tratar de uma proposta de natureza meramente hermenêutica, calcada nos fundamentos doutrinários e supralegais acima expostos.

5. CONCLUSÃO

A Lei n.º 14.230/21 trouxe mudanças significativas para o tratamento da improbidade administrativa no Brasil, ao suprimir a possibilidade de responsabilização por culpa e tornar o dolo um requisito indispensável para a configuração do ato ímprobo. Além disso, o legislador, ao que parece, pretendeu incluir, como elementar desses tipos, a prova de um especial fim a nortear a conduta do agente ímprobo. Essa prova, no entanto, não pode ter por alvo a vontade psicológica do agente, mas sim voltar-se aos dados factuais que, uma vez comprovados, levem a um juízo de imputação do elemento subjetivo ao autor, nos moldes do preconizado pelos estudos mais avançados/aceitos acerca do dolo na doutrina jurídico-penal.

A Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto n.º 5.687, de 2006, mencionada expressamente pelo legislador reformista no bojo da Lei n.º 14.230/21, consiste em um tratado internacional em matéria de combate à corrupção, obriga os seus signatários a adotarem um modelo normativo mínimo de combate à corrupção, proibindo a adoção de tratamento menos gravoso aos agentes envolvidos em atos ímprobos que aquele acordado no tratado.

Com isso, se a Lei n.º 14.230/21 efetivamente exigisse a comprovação da vontade psicológica do agente para a caracterização do elemento subjetivo dos atos de improbidade, haveria uma violação frontal aos termos do acordo internacional, porque a Convenção de Mérida opera como um marco de combate à corrupção e seus preceitos se aplicam tanto a ilícitos cíveis quanto penais. Disso, permite-se concluir, também à luz do disposto no art. 28 da aludida Convenção, que a intenção ou o propósito requeridos como elementos de uma infração qualquer poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.

Dessa forma, a interpretação da legislação estará alinhada às diretrizes internacionais que impõem padrões mínimos para a responsabilização por atos de improbidade, em conformidade com a Convenção de Mérida, admitindo-se que as exigências de dolo, voluntariedade e intenção sejam extraídas exclusivamente das circunstâncias objetivas do caso concreto, garantindo a efetividade dos mecanismos de controle e combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos**. Atos Internacionais e Normas Correlatas – 4ª ed. – Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019/ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2025.

D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Lisboa: Almedina, 2009, p.885-903.

GUIMARÃES, Rafael. **A nova lei de improbidade administrativa comentada**. Leme/SP: Imperium, 2022.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Dolo e risco no Direito Penal**. Fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. In: PUPPE, Ingeborg. **Strafrechtsdogmatische Analysen**. Berlin, v. 103, n. 1, 1993. Disponível em: <https://bonndoc.ulb.unibonn.de/xmlui/bitstream/handle/20.500.11811/560/bup_bra_nf_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 fev. 2025.

ROXIN, Claus. GRECO, Luís. **Strafrecht, Allgemeiner Teil Bd.I. Grundlagen**. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H.Beck. 2020.

SOUZA. Landolfo Andrade de. **Reforma da LIA e novo tipo subjetivo de ato de improbidade administrativa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-04/landolfo-andrade-tipo-subjetivo-ato-improbidade/>>. Acesso em: 20 fev. 2025.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

SOBRE OS AUTORES

Daniel de Sá Rodrigues: Pós-graduado em Direito Público pelo CAD-Centro de Atualização em Direito/UGF – Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Integrante do Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP) no período de 2007 a 2012. Coordenador do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP) do MPMG, de 2020 a 2024. Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça de 2012 a 2014, 2016 e desde janeiro de 2025.

Thiago Augusto Vale Lauria: Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Ex-professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador da Bacia do Rio das Velhas e Paraopeba. Ex-integrante do Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa da Probidade Administrativa e do Patrimônio Público. Ex-integrante do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado.

Leandro Mateus de Bessas Santos: Pós-graduado em Direito Público pela Universidade FUMEC em parceria com a FESMPMG. MBA Executivo em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes e Instituto Prominas. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Assessor Jurídico do MPMG, lotado Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público.

RELEITURA DO CONCEITO DE DANO EFETIVO NOS TERMOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (REFORMADA PELA LEI N.º 14.230/21) E DA CONVENÇÃO DE MÉRIDA

REINTERPRETATION OF THE CONCEPT OF ACTUAL DAMAGE UNDER THE ADMINISTRATIVE MISCONDUCT LAW (AS AMENDED BY LAW NO. 14.230/21) AND THE MERIDA CONVENTION

Daniel de Sá Rodrigues

Thiago Augusto Vale Lauria

Leandro Mateus de Bessas Santos

Resumo: Este trabalho objetiva examinar a caracterização do dano ao erário para fins de tipificação da conduta como ímproba, diante das alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/92 pela Lei n.º 14.230/2021. Por meio da análise normativa e doutrinária, propõe que a interpretação que reduz o “dano efetivo” a uma mera perda patrimonial é insuficiente para alcançar os objetivos normativos e de proteção do patrimônio público, evidenciando a necessidade de uma releitura que contemple os preceitos da Convenção de Mérida, tratado internacional de combate à corrupção com *status* supralegal.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Dano ao erário. Conceito. Convenção de Mérida.

Abstract: *This paper aims to examine the characterization of damage to the public treasury for the purpose of defining conduct as an act of administrative misconduct, in light of the amendments introduced to Law No. 8,429/92 (Administrative Misconduct Law) by Law No. 14,230/2021. Through normative and doctrinal analysis, it argues that interpreting “actual damage” merely as a financial loss is insufficient to achieve the normative and public patrimony protection objectives. The study highlights the need for a re-interpretation that encompasses the precepts of the Merida Convention, an international anti-corruption treaty with supralegal status.*

Keywords: *Administrative misconduct. Damage to the public treasury. Legal concept. United Nations Convention Against Corruption.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Do conceito de dano efetivo ao erário segundo a doutrina prevalente; 3. Da (re)definição de dano ao erário e sua relação com o conceito de perda patrimonial efetiva; 4. A convenção de mérida e a oposição ao dano como elementar de tipos definidores de condutas corruptas (ímprobos); 5. Dos parâmetros para o ressarcimento do dano ao erário; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Imediatamente após a entrada em vigor da Lei n.º 14.230/2021, substancial parcela da doutrina passou a defender a insubsistência da figura do dano “*in re ipsa*” nas ações de improbidade administrativa, fundamentando-se numa mera (e suposta) interpretação literal da nova redação do *caput* do artigo 10 da Lei n.º 8.429/92, que teria passado a prever, como pressuposto para a adequação típica de quaisquer condutas, a ocorrência de “perda patrimonial efetiva”.

Referida interpretação restringe o conceito de “dano efetivo” a um prejuízo de natureza econômico-mercadológica, pois somente a demonstração da prática de sobrepreço, de superfaturamento ou da quebra do caráter sinalagmático do contrato se amoldariam à figura típica introduzida pelo legislador reformista. Tratar-se-ia de uma contraposição deliberada à figura do dano “*in re ipsa*”, até então aceita pela jurisprudência.

Tal posicionamento ganhou rápida e ampla aceitação doutrinária à míngua do devido escrutínio, o que reforça a necessidade de um enfrentamento argumentativo mais aprofundado.

Diante disso, o presente estudo busca contribuir para o debate da matéria, ao propor uma interpretação mais abrangente do conceito de “dano efetivo” ao erário, de forma alinhada à Convenção de Mérida, positivada no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 5.687/2006.

2. DO CONCEITO DE DANO EFETIVO AO ERÁRIO SEGUNDO A DOCTRINA PREVALENTE

A Lei n.º 14.230/2021 promoveu profundas alterações na Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), dentre as quais se destacam aquelas promovidas em matéria de atos ímprobos causadores de dano ao erário. Diante disso, parcela da doutrina, com fundamento na nova redação do *caput* do art. 10 da LIA, passou a sustentar o afastamento da figura do dano presumido (*in re ipsa*) nas ações de improbidade administrativa, sob o argumento da exigência de “perda patrimonial efetiva”.

De acordo com o referido dispositivo legal

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

Em síntese, a tese de impossibilidade de reconhecimento do dano presumido na seara da improbidade administrativa, e que implica superação de entendimento contrário há anos sedimentado no

âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹, baseia-se em uma “simples interpretação literal” do dispositivo alterado, sustentando a necessidade de demonstração de efetiva perda patrimonial para o perfazimento do ato ímprobo. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2022, p.28):

A segunda inovação no *caput* do art. 10 da LIA relaciona-se com a inserção da exigência de efetiva e comprovada perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da citada legislação. De fato, na redação originária do art. 10 da LIA, não constava a exigência de efetiva e comprovada lesão ao erário, o que gerava o debate sobre a possibilidade de aplicação das sanções de improbidade por dano presumido ao erário (*in re ipsa*). Mencione-se, por exemplo, que, no tema repetitivo 1.096, pendente de julgamento, o STJ definirá “se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (*in re ipsa*)”, com fundamento no art. 10, VIII, da LIA. A partir da nova redação do art. 10 da LIA, a configuração da improbidade por lesão ao erário, ao menos nos termos literais do dispositivo, exigirá a efetiva e comprovada lesão ao erário, o que afastaria a improbidade por dano presumido. Aliás, quanto ao inciso VIII do art. 10 da LIA, a Lei 14.230/2021 inseriu a exigência de “perda patrimonial efetiva” para configuração da lesão ao erário, o que deve influenciar no julgamento do tema repetitivo 1.096 pelo STJ. A partir da literalidade da nova redação do *caput* e do inciso VIII do art. 10 da LIA, seria vedada a presunção de dano ao erário para tipificação da improbidade.

O pensamento reproduzido alhures restou agasalhado por parcela significativa da jurisprudência, a qual, inclusive, vem propondo uma definição do que seria a “perda patrimonial efetiva” referenciada pela novel legislação, conforme se depreende de decisão exarada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ex-Prefeito do Município de Mirante do Paranapanema. Aquisição direta de peças e serviços de manutenção de veículos da frota municipal, sem a realização de processo licitatório. Índícios de irregularidade nas dispensas de licitação, em razão do indevido fracionamento dos contratos. Contratações similares, de caráter corriqueiro e previsível, que se repetiram ao longo de todo o ano de 2012. Imputação da prática do ato ímprobo lesivo ao erário previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92. Irretroatividade e aplicabilidade imediata das alterações de natureza processual trazidas pela Lei nº 14.230/2021 à LIA. Tema 1.199 do STF. Artigo 14 do CPC/2015. Configuração do ato de improbidade que pressupõe a existência de dolo específico. Elemento subjetivo não demonstrado. Ilegalidade que não implica reconhecer a atuação desonesta e a má-fé do agente público, com o intuito de obter vantagem indevida ou de favorecer terceiro. Ausência de indícios de superfaturamento. Peças e serviços efetivamente

1 Vide, a título exemplificativo, o seguinte acórdão: STJ, AgInt no AREsp 1745179 / PE, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 27/09/2021.

fornecidos ao Município. Inexistência de comprovação de efetivo dano ao patrimônio público, que, na atual redação do artigo 10, não pode ser presumido. Manutenção da sentença de improcedência. Recurso não provido. (TJSP. Apelação cível n. 1000566-69.2016.8.26.0357 Rel. Des. Eduardo Prata. Julgamento em 13/12/2023) - destaque nosso.

Atente-se para o trecho do acórdão supracitado que estabelece, como elementar para a conformação do atual conceito de prejuízo efetivo ao erário, a demonstração de indícios de superfaturamento ou da inexistência da entrega do objeto contratado ao ente público contratante, mesmo em face de indicativos de fraude no processo de contratação.

Nesse diapasão, a “perda patrimonial efetiva”, elementar do tipo de improbidade positivado no art. 10 da Lei n.º 8.429/92, teria uma conotação econômica e mercadológica, pois somente, repita-se, a demonstração da prática de sobrepreço, de superfaturamento ou da quebra do caráter sinalagmático do contrato se amoldariam à figura típica introduzida pelo legislador reformista.

Em suma, percebe-se que os primeiros escritos doutrinários e a mais incipiente jurisprudência acerca da “Nova Lei de Improbidade Administrativa” vêm se calcando, no que tange à tipicidade do ato de improbidade causador de dano ao erário, no seguinte raciocínio: a) o legislador reformista buscou afastar a figura do dano presumido da temática da improbidade administrativa; b) para tanto, passou a prever, no corpo do art. 10, *caput*, da LIA, a comprovação de “perda patrimonial efetiva”; c) a expressão “dano efetivo” sempre exprime um prejuízo de natureza econômico-mercadológica que deverá ser imposto e suportado pelo ente público lesado como condição para a configuração dos atos típicos previstos no art. 10 da Lei n.º 8.429/92; d) contratações administrativas fraudadas não configurarão ato de improbidade se o objeto for entregue e não se demonstrar a ocorrência de superfaturamento ou sobrepreço.

Assim, é necessário perquirir se o entendimento supracitado, ainda que, aparentemente, majoritário, reflete, de fato, a melhor interpretação para a norma consagrada pelo novo art. 10 da LIA, ou se seriam cabíveis, quiçá recomendáveis, outras exegeses.

3. DA (RE)DEFINIÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO DE PERDA PATRIMONIAL EFETIVA

Foi necessário um período de maturação para que os problemas decorrentes da interpretação proposta pela corrente doutrinária acima citada emergissem. Inicialmente, a literalidade da lei parecia dispensar maiores reflexões hermenêuticas. No entanto, as falhas do raciocínio jurídico contestado surgiram quando a aplicação prática dessa pseudo-interpretação gramatical evidenciou contradições com outros dispositivos incorporados pela Lei n.º 14.230/2021 à Lei n.º 8.429/92, que expressavam sentido diverso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, abordou essa questão, ainda que em caráter *obiter dictum*, ao reconhecer a controvérsia interpretativa, justificando, assim, a negativa de provimento a uma ação rescisória. Veja-se:

AÇÃO RESCISÓRIA Ação civil pública. Improbidade administrativa. Pedido improcedente reformado em grau recursal. Acórdão rescindendo que condenou o autor nos termos do artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/92. Adoção do entendimento de que o dano ao erário é presumido. Violação manifesta da norma jurídica. Art. 966, V, do CPC. *Inocorrência. Interpretação da legislação promovida pelos julgadores que não se presta a dar fundamento à desconstituição do julgado. Texto legal de aplicação controvertida.* Ação rescisória que não pode ser manejada para se obter juízo de retratação. Aplicação da Súmula 343 do STF – Precedentes. Impossibilidade de indeferimento da inicial diante da necessidade de ingresso no mérito do pedido. Improcedência da ação, rejeitada a matéria preliminar. (TJSP. Ação Rescisória nº 2108661-39.2023.8.26.0000. Rel. Des. Maria Olivia Alves. Julgamento em 09/02/2024) – destaque nosso.

Irreparável o alerta acima destacado. Ao aprofundar a análise do art. 10, *caput*, da LIA, percebe-se que sua interpretação literal diverge daquela sustentada pela doutrina dominante, invalidando os fundamentos dessa corrente teórica. Em suma, como bem destacado pelo TJSP, a lei não é tão literal quanto se quer fazer crer.

Partindo do primeiro pilar da tese em discussão, reconhece-se que o legislador reformista pretendia eliminar a presunção de dano na improbidade administrativa, conclusão essa extraída do contexto da votação da Lei n.º 14.230/21 no Congresso Nacional. Além disso, é indiscutível que a LIA emprega os termos “perda patrimonial” e “efetiva” em seu art. 10, conforme se verifica na leitura do dispositivo.

Contudo, a confusão central da doutrina prevalente reside na interpretação equivocada da expressão “perda patrimonial efetiva”, que não se confunde com o conceito amplo de dano ao erário, mas representa apenas uma de suas modalidades. Ademais, inexistente fundamento legal que sustente uma abordagem econômico-mercadológica desse conceito. Pelo contrário, os artigos 10, § 1º, 12 e 21 da LIA sugerem que a “perda patrimonial efetiva” deve ser compreendida sob a ótica contábil.

Para fins da releitura proposta, primeiramente, é importante atentar-se para a dicção do art. 10, *caput*, da LIA, que prevê como ato de improbidade que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial (1), desvio (2), apropriação (3), malbaratamento (4) ou dilapidação (5) de bens ou haveres de entes públicos. Como se afere facilmente pela enumeração promovida, a “perda patrimonial efetiva” espelha apenas uma das cinco modalidades diferentes de situações que podem “causar dano ao erário” apto a configurar ato de improbidade administrativa.

Por certo, a exigência de uma efetiva demonstração da ocorrência de qualquer desses cinco cenários revela o desejo do legislador de afastar a figura do dano presumido. Todavia, o conteúdo semântico expresso pelos termos que denotam cada uma das modalidades típicas indica que o legislador reformista manteve a conformação do ato de improbidade em cenários nos quais a “efetividade” não pressupõe eventual “redução patrimonial”, uma vez que a natureza da situação tipificada não demanda a ocorrência de um resultado naturalístico deste jaez.

Em outras palavras, tem-se que o art. 10, *caput*, da LIA prevê cinco cenários capazes de, em tese, perfazer um ato de improbidade causador de dano ao erário. Essas cinco possibilidades fáticas, a depender do sentido expresso por seus próprios e literais termos, podem exigir, ou não, para a sua configuração, eventual diminuição no patrimônio do ente público lesado. Perda (déficit), apropriação (assenhoreamento) e dilapidação (desperdício) exprimem a ideia de decréscimo patrimonial, de modo que o perfazimento dessas modalidades depende da prova da ocorrência desse resultado. Por outro lado, desvio (desencaminhamento) e malbaratamento (mal uso, uso incorreto) não denotam necessariamente esse mesmo sentido.

Significa que a configuração da conduta ímproba nessas modalidades poderia se dar por meio de comportamentos que não produzem a diminuição patrimonial como resultado, a exemplo do emprego irregular de verbas públicas, na hipótese de desvio, ou de desrespeito às normas orçamentárias relativas aos gastos públicos, no caso do malbaratamento². Fato é que o ato de improbidade causador de “dano efetivo” ao erário não se resume à categoria da perda patrimonial, podendo ocorrer por outras quatro modalidades.

A título de exemplo, a utilização de verbas do Fundeb para reformar uma praça, deixando alunos sem monitoria escolar por falta de contratação de profissionais, configuraria desvio efetivo de verbas públicas (desvio de finalidade) nos termos do art. 10 da LIA. Nesse caso, o dano ao erário ocorreria na modalidade de desvio, exigindo novos aportes financeiros para suprir a política pública prejudicada, sem que fosse possível se falar em “perda patrimonial” sob o aspecto econômico-mercadológico, como se pretende ter por necessário.

Outro aspecto da análise ora proposta reside na correta compreensão do termo “perda patrimonial efetiva”. Não há qualquer razão semântica ou técnica para se presumir que esse conceito envolveria parâmetros econômico-mercadológicos, como a comprovação de preços abusivos ou inexecução contratual. Por isso, deve-se buscar exegese diversa, especialmente uma que envolva conceitos de contabilidade pública – o ramo do conhecimento dentro do qual se navega.

.....

2 Restra evidente aqui a opção político-legislativa de se criar figuras de dano ao erário “por equiparação”, que não se confunde com “dano presumido” ou dano *in re ipsa*.

No contexto da contabilidade pública, uma “perda patrimonial efetiva” ocorre sempre que há redução no valor de um ativo ou aumento do passivo sem um benefício correspondente. Esse fenômeno pode decorrer de pagamentos indevidos, desvios de recursos, má gestão ou outras práticas ilícitas que impactem negativamente o patrimônio público. Neste cenário, sempre que, em virtude de uma ação ou omissão dolosa, o poder público vier a efetuar um pagamento ao particular oriundo de uma contratação ilícita na origem, estar-se-á diante de uma “redução injustificada nos recursos públicos” e, portanto, de uma “perda patrimonial efetiva”, a qual estampa ato de improbidade administrativa causador de dano ao erário.

Os artigos 10, § 1º, 12 e 21 da LIA reforçam essa tese ao preverem a possibilidade de aplicação de sanções mesmo sem a imposição de ressarcimento, evidenciando que a “perda patrimonial efetiva” de cunho econômico-mercadológico não é um requisito absoluto para a caracterização da improbidade administrativa. *In verbis*:

Art. 10 (...)

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10 desta Lei; (...)

Como se observa, coexistem outros dispositivos tão literais quanto o art. 10, que, além de não dialogarem entre si, ainda estabelecem, de modo expresso, a possibilidade de imposição de sanções não penais (administrativas) na hipótese do cometimento de um ato de improbidade que não implicar “perda patrimonial efetiva”. Isso confirma a tese de que a “perda patrimonial efetiva” representa, tão somente, uma das modalidades de ato de improbidade causador de dano ao erário.

Além disso, tendo por base critérios de contabilidade pública, é possível afirmar que a elementar “perda patrimonial efetiva” estará preenchida sempre que houver uma redução injustificada no volume de recursos públicos, fenômeno esse que ocorrerá, por exemplo, em todas as hipóteses de contratações fraudulentas, ainda que qualificadas por um dispêndio financeiro compatível com práticas de mercado, independentemente de eventual sobrepreço ou superfaturamento.

Conclui-se, assim, que a expressão perda patrimonial, enquanto espécie de ato ímprobo que causa dano ao erário, deve ser lida como uma modificação no acervo patrimonial pertencente ao ente

público, assim entendido como seu conjunto de bens, verbas e haveres. Regularmente constatada essa modificação do patrimônio do ente público, caracterizada pelo dispêndio de recursos financeiros em decorrência de contrato ilícito em sua origem, ainda que tenha ocorrido uma contrapartida em favor da Administração Pública, estará caracterizado o ato ímprobo, bem como a obrigação de ressarcir o erário, restringindo-se a discussão, apenas, ao quantum desse ressarcimento e às sanções aplicáveis.

4. A CONVENÇÃO DE MÉRIDA E A OPOSIÇÃO AO DANO COMO ELEMENTAR DE TIPOS DEFINIDORES DE CONDUTAS CORRUPTAS (ÍMPROBAS)

A Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto n.º 5.687, de 2006, mencionada expressamente pelo legislador reformista no bojo da Lei n.º 14.230/21, consiste em um tratado internacional em matéria de combate à corrupção em todas as esferas do Direito.

Apesar de sua ampla aplicabilidade, a análise do documento revela uma distinção clara entre ilícitos cíveis e penais³. Essa diferenciação aparece desde o preâmbulo, que separa expressamente os procedimentos de responsabilização nas esferas cível e penal, até o artigo 43, que estabelece padrões próprios de cooperação internacional para crimes e infrações civis ou administrativas. Dessa forma, é evidente que a Convenção de Mérida não se restringe à esfera criminal, abrangendo o combate à corrupção de forma mais ampla.

Para reforçar essa constatação, é preciso recordar que o tratado utiliza expressões variadas conforme o fenômeno jurídico abordado. Em diversos trechos, o documento emprega o termo genérico “*offenses*” (infrações), enquanto, ao tratar especificamente de crimes, utiliza “*criminal offenses*” (infrações penais). Comparando-se a redação original dos artigos 13, 15, 16, 17, 18, 23, 25, 26, 27, 28 e 29, nota-se

.....

3 Como forma de evitar discussões desnecessárias, anote-se que a Convenção de Mérida, apesar do nome, não versa exclusivamente acerca das condutas típicas insculpidas nos artigos 317 e 333 do Código Penal e de seus corolários cíveis. Pelo contrário, uma leitura dos artigos 15 a 25 desse tratado revela que ele normatiza diversos comportamentos reprováveis relacionados à malversação de recursos públicos e a desvios de conduta de agentes estatais e particulares. Assim, percebe-se que comportamentos como o tráfico de influência, o abuso de funções, o enriquecimento ilícito, a lavagem de dinheiro, a obstrução da Justiça, o peculato, entre outros, constituem objeto de normatização pela convenção, apesar de não configurarem atos de corrupção propriamente ditos. Isso significa que, com efeito, a Convenção de Mérida não representa um acordo internacional em matéria de corrupção, mas uma grande iniciativa mundial de combate a atos que, direta ou indiretamente, afrontam o valor da probidade administrativa.

a clara separação entre os ilícitos de maneira geral daquelas infrações de cunho puramente criminal⁴.

Contudo, o legislador brasileiro, ao promulgar os termos da Convenção de Mérida e introduzir a norma no ordenamento jurídico pátrio, com o devido respeito, não distinguiu adequadamente esses termos, empregando o vocábulo “delito” para ambas as situações. Dessa maneira, o Decreto n.º 5.687/2006 diverge da versão original da Convenção de Mérida, ao traduzir “offense” (infração) como “delito”, uma confusão terminológica que deve ser afastada pelo intérprete, para garantir a harmonia do sistema jurídico, impondo sua análise à luz da versão em inglês do documento.

Esse erro técnico gerou impactos práticos na interpretação da norma, criando a falsa impressão de que a Convenção visaria exclusivamente à repressão criminal. No entanto, como exposto, o tratado trata da corrupção e da improbidade administrativa nas mais variadas esferas de responsabilidade⁵.

Dessa forma, é necessário diferenciar os momentos em que a Convenção aborda a corrupção de forma ampla daqueles em que trata especificamente de seus aspectos criminais. Essa distinção permite definir o tratamento mínimo que deve ser adotado pelos países signatários na tipificação dos atos de corrupção.

O presente estudo concentra-se nos artigos 3º e 65 da Convenção, que estabelecem diretrizes gerais para o tratamento jurídico da corrupção. O artigo 3º, em sua versão original em inglês, determina que, salvo disposição em contrário pela própria Convenção, não será necessário que as infrações – genericamente consideradas – nela enunciadas produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado.

Note-se que, de acordo com o pacto internacional firmado pelo Brasil, em tradução direta, as infrações penais, cíveis e administrativas que corresponderem a comportamentos tidos como corruptos não deverão demandar, como pressuposto para o seu perfazimento, resultado naturalístico, qual seja o dano ou prejuízo patrimonial ao Estado. Em outras palavras, a Convenção estabelece que os países signatários não devem exigir a comprovação de prejuízo ao erário como condição para a configuração de ilícitos em matéria de corrupção ou improbidade administrativa.

4 Para confirmar o que ora se aduz, compare-se os seguintes dispositivos normativos, em sua versão original:

“Article 15. Bribery of national public officials. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as *criminal offences*, when committed intentionally:

Article 16. Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations 1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence”

“Article 26. Liability of legal persons 1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in the *offences* established in accordance with this Convention”.

Article 28. Knowledge, intent and purpose as elements of an offence. Knowledge, intent or purpose required as an element of an offence established in accordance with this Convention may be inferred from objective factual circumstances”. (destaques nossos).

5 Não se desconhece que, por vezes, a expressão “offence” é vergada para se referir a infrações de natureza penal. Todavia, em um contexto no qual o próprio tratado internacional aduz combater a corrupção em todos os níveis, trabalha separadamente com conceitos de responsabilização penal, administrativa e civil, além de mencionar reiteradamente a expressão “criminal offence” quando pertinente, resta claro que o uso isolado da palavra “offence” demonstra o intuito de generalizar a aplicabilidade de determinado instituto ou dispositivo a todas as searas do Direito.

Complementando essa ideia, o artigo 65 da Convenção reforça que os Estados signatários podem adotar medidas mais rigorosas do que as previstas no tratado para prevenir a corrupção. Ou seja, a Convenção estabelece um patamar mínimo de combate à corrupção, sem impedir que os países adotem normas mais severas.

A conclusão é inequívoca: a Convenção de Mérida obriga os signatários a adotarem um modelo normativo mínimo de combate à corrupção. Os Estados-Parte não possuem a prerrogativa de suavizar as regras de responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas com corrupção, sob pena de afronta ao tratado. Apenas é permitida a adoção de tratamento mais rigoroso. Dessa forma, manter a interpretação ainda prevalente na doutrina, que exige prejuízo patrimonial efetivo para configurar a improbidade administrativa prevista no art. 10, *caput*, da LIA, ultrapassa indevidamente os limites estabelecidos pela Convenção.

Como se sabe, os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, ou seja, abaixo da Constituição da República, porém acima da legislação interna. É exatamente esse o *status* da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, por tratar-se de um ato internacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2013).

A corroborar esse entendimento, é necessário ponderar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que a corrupção e a improbidade administrativa representam violações aos direitos humanos. O cidadão possui o direito fundamental a um governo probo, como bem informa a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Dado la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción en la región, la Comisión considera que sus impactos son profundos y diferenciados. Por un lado, los actos de corrupción pueden configurar violaciones de derechos humanos; y por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos.

Un primer grupo de situaciones que preocupa a la Comisión corresponde a aquellas en que mediante actos de corrupción se incumplen directamente las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Puede configurarse una violación de derechos humanos y con ello la responsabilidad internacional, cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado. De conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio.

Una segunda dimensión que es necesario clarificar es la relación contextual entre el fenómeno de corrupción y las violaciones de derechos humanos, esto es, las distintas formas en que se presenta la corrupción en la región y su vínculo con distintos tipos de violaciones de derechos humanos. Es claro que no sólo la corrupción viola derechos humanos, sino que se debe prestar atención a la

forma en que diversos contextos de corrupción facilitan y/o fomentan la vulneración de derechos humanos. Lo anterior es relevante en la determinación de las medidas adecuadas que deben adoptar los Estados para erradicar la corrupción en la región. (CIDH, 2019, p. 59)

Nesse sentido, há diversos pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁶, além de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala, julgado em 9 de março de 2018), na qual reconheceu a relação direta entre o efetivo combate à improbidade e a proteção de direitos humanos. A decisão destacou que *“a corrupção não só lesa os direitos dos particulares individualmente afetados, mas repercute negativamente em toda a sociedade, na medida em que rebaixa a confiança da população no governo e, com o tempo, na ordem democrática e no Estado de Direito”* (tradução nossa).

Assim, tendo em vista que a Convenção de Mérida é um ato internacional de Direitos Humanos assinado pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 348/2005, ratificado pelo Governo Brasileiro em 15 de junho de 2005 e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 5.687/2006, necessário é o reconhecimento de seu *status* supralegal. Todo o ordenamento jurídico brasileiro relacionado ao tema deve estar em conformidade com seus preceitos.

Diante dessas constatações, restringir o conceito de dano ao erário à “perda patrimonial efetiva”, baseada apenas em práticas de mercado abusivas ou descumprimento contratual, implicaria não apenas uma contradição interna, como salientado anteriormente, mas também uma violação aos ditames da Convenção de Mérida.

A exegese ora proposta, neste contexto, novamente se revela mais adequada à hipótese, visto que, ao reforçar a subsistência de figuras típicas que independem da aferição de prejuízo sob uma perspectiva mercadológica, reaproxima-se das balizas estabelecidas no art. 3º daquele tratado. Dito de outro modo, ao reconhecer que o prejuízo econômico-mercadológico ao erário não integra o tipo do art. 10 da LIA, ter-se-á uma reconciliação entre o conteúdo da lei e a diretriz de evitamento de consagração de ilícitos materiais exposta na Convenção de Mérida.

6 Em 2017, a CIDH publicou a Resolução n.º 01/17 sobre os Direitos Humanos e a Luta Contra a Impunidade e a Corrupção, em que afirmou que a luta contra a corrupção está indissociavelmente ligada ao exercício dos direitos humanos, concluindo que o estabelecimento de mecanismos efetivos para erradicar a corrupção é uma obrigação urgente e necessária para a garantia dos direitos humanos. No ano seguinte, a Comissão destacou que a corrupção tem um impacto grave no gozo e exercício de direitos humanos por parte de grupos historicamente discriminados, tais como as pessoas em situação de pobreza, mulheres, povos indígenas e afrodescendentes (Resolução n.º 01/18, sobre Corrupção e Direitos Humanos). Em 2019, em seu Relatório Anual, no anexo Corrupção e direitos Humanos: *standards* interamericanos, a CIDH consolidou seu entendimento de que “a corrupção produz impacto diferenciado no gozo e no exercício dos direitos humanos, em especial no que se refere a grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade ou de discriminação histórica. Em particular, a corrupção afeta as pessoas em situação de pobreza e pobreza extrema, uma vez que, devido à sua condição de vulnerabilidade, sofrem de forma agravada as consequências desse fenômeno”.

7 [...] “la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que ‘se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”.

5. DOS PARÂMETROS PARA O RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO

Definido o ato ímprobo e contextualizada a expressão “perda patrimonial efetiva” como variação patrimonial, subsistiria, tão somente, a necessidade de elaboração de parâmetros para a definição do montante a ser eventualmente ressarcido em face da constatação da prática ilícita.

Pelo raciocínio ora desenvolvido, ter-se-ia a impressão de que todo o valor despendido pelo ente público em virtude da prática de um ato ímprobo seria passível de ressarcimento. Todavia, trata-se de uma impressão equivocada, tendo em vista que o art. 10, § 1º, da LIA veda o enriquecimento ilícito dos entes públicos, algo que sabidamente ocorreria na hipótese.

Com isso, o dano ao erário apto a ser ressarcido corresponderia ao lucro auferido pelo particular com a contratação irregular. Trata-se da aplicação da teoria do “produto bruto mitigado”, que possui ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial.

À luz da teoria do produto bruto mitigado, do valor total pago pelo contratante ao contratado, deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve para executar o empreendimento, e a diferença entre esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, tanto se evita o indesejado enriquecimento ilícito da Administração, quanto se desestimulam comportamentos ilícitos das empresas licitantes e contratadas, que passarão a adotar maiores cautelas com o receio de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio. (WEIBLEN, DI SENA JÚNIOR e PARGENDLER, 2020, p. 47/48):

Sobre o tema, já decidiu o Tribunal de Contas da União que

A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. Por essa teoria, a contratada teria direito de receber como indenização os custos reais por ela suportados para cumprir as obrigações contratuais até a declaração de nulidade do contrato, mas apenas estes custos. Dessa forma, o lucro ou remuneração por ela obtido em função do exercício de sua atividade não seria passível de ressarcimento pela Administração, muito menos o sobrepreço existente no contrato. (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, Sessão: 30/01/2019)

A devolução dos lucros ao erário não provoca nenhum enriquecimento da Administração Pública, mas sim impede o enriquecimento indevido do contratado, cujo ajuste contratual está contaminado pela improbidade administrativa. Ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, o particular não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza.

Deve ser aplicado, analogicamente, o mesmo raciocínio utilizado quanto ao possuidor de má-fé em relação aos frutos, previsto no art. 1.216, parte final, do Código Civil de 2002, que assevera:

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Com efeito, o lucro pretendido pelo contratado não deixa de ser espécie de fruto civil do dinheiro aplicado para a execução do contrato, o que, guardadas as devidas proporções, autoriza a aplicação do mesmo raciocínio. Assim, reconhecida a nulidade do contrato em virtude da prática de atos de improbidade, a contratada deve devolver parte dos valores recebidos, ao menos à razão direta do montante correspondente aos lucros auferidos.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo evidenciou que a interpretação do dano ao erário pautada na mera aferição de prejuízo de natureza econômico-mercadológica não reflete o real alcance dos dispositivos da Lei n.º 8.429/92, com redação dada pela Lei n.º 14.230/2021, tendo em vista que a interpretação restritiva esvazia o conteúdo normativo e compromete a eficácia das medidas de combate à improbidade administrativa.

O art. 10, *caput*, da LIA prevê cinco cenários capazes de, em tese, perfazer um ato de improbidade causador de dano ao erário, sendo certo que, especialmente nas modalidades desvio (desencaminhamento) e malbaratamento (mal uso, uso incorreto), não há necessidade de demonstração de perda patrimonial do ente público lesado.

Por sua vez, o conceito de “perda patrimonial efetiva” merece ser contextualizado na perspectiva contábil e da Administração Pública, e não na mercadológica, pois deve ser entendido como qualquer movimentação patrimonial injustificada do ente público, o que inclui aquela causada por uma despesa decorrente de uma conduta dolosa fraudulenta na origem.

Tomando-se em conta o disposto no art. 3º da Convenção de Mérida, a interpretação proposta também busca preservar a coerência da Lei de Improbidade Administrativa com os parâmetros de tal tratado internacional, promovendo, assim, uma proteção mais robusta do patrimônio público e a efetiva responsabilização dos agentes ímprobos, além de aprimorar os mecanismos de combate à corrupção.

Por fim, compatibilizando a necessidade de recomposição do erário por valores indevidamente gastos ou auferidos com a vedação ao enriquecimento sem causa da administração (ambos consagrados na legislação de regência), mostra-se possível a busca do ressarcimento pelos contratados (beneficiários dos pagamentos ilícitos) dos montantes imputáveis (comprovada ou estimadamente) a título de lucro, resguardando-lhes, tão somente, os valores decorrentes dos custos dos bens ou serviços fornecidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos**. Atos Internacionais e Normas Correlatas – 4ª ed. – Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019/ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2025.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa**: Lei n.º 14.230, de 25.10.2021 – comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

WEIBLEN, Fabrício Pinto; SENA JÚNIOR, Roberto Di; PARGENDLER, Vitor Silveira. A teoria do produto bruto mitigado como alternativa para o ressarcimento de danos ao erário nas fraudes em contratações públicas. In : ATUAÇÃO – **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, v. 15, n. 32, p. 47-78, jun-nov. 2020. Disponível em: <<https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/136/52>>. Acesso em: 26 fev. 2025.

SOBRE OS AUTORES

Daniel de Sá Rodrigues: Pós-graduado em Direito Público pelo CAD-Centro de Atualização em Direito/UGF – Universidade Gama Filho-RJ; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Integrante do Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP) no período de 2007 a 2012. Coordenador do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP) do MPMG, de 2020 a 2024. Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça de 2012 a 2014, 2016 e desde janeiro de 2025.

Thiago Augusto Vale Lauria: Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Ex-professor universitário e

de cursos preparatórios para concursos públicos. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador da Bacia do Rio das Velhas e Paraopeba. Ex-integrante do Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa da Probidade Administrativa e do Patrimônio Público. Ex-integrante do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado.

Leandro Mateus de Bessas Santos: Pós-graduado em Direito Público pela Universidade FUMEC em parceria com a FESMPMG. MBA Executivo em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes e Instituto Prominas. Bacharel em Direito pela PUC Minas; Assessor Jurídico do MPMG, lotado Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público.

CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL DIGITAL: BOAS PRÁTICAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO

CHAIN OF CUSTODY FOR DIGITAL CRIMINAL EVIDENCE: GOOD PRACTICES IN THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

Resumo: A cadeia de custódia das provas digitais no âmbito do processo penal exige uma atuação criteriosa do Ministério Público, que deve exercer seu papel não apenas como órgão acusador, mas também como garantidor de direitos e garantias fundamentais. A ausência de regulamentação específica para vestígios digitais na Lei n.º 13.964/2019 impõe a necessidade de adoção de protocolos técnicos complementares para garantir a integridade, autenticidade e rastreabilidade desses elementos probatórios. Assim, o presente estudo busca apresentar as boas práticas recomendadas para o Ministério Público na coleta, preservação e utilização da prova penal digital, observando diretrizes normativas e técnicas, como a norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. Para tanto, utiliza-se uma metodologia de abordagem dedutiva, com pesquisa bibliográfica fundamentada em legislação, jurisprudência e literatura especializada. Verifica-se que há um esforço normativo e técnico para assegurar a validade das provas digitais e ampliar o alcance da atual previsão legal, contribuindo para maior segurança jurídica no processo penal e para a efetividade da persecução criminal em ambiente digital.

Palavras-chave: Forense digital. Vestígio digital. Processo penal. Local de crime; Dados.

Abstract: *The chain of custody of digital evidence in criminal proceedings requires careful action by the Public Prosecutor's Office, which must exercise its role not only as an accusatory body, but also as a guarantor of fundamental rights and guarantees. The absence of specific regulations for digital traces in Law No. 13,964/2019 imposes the need to adopt complementary technical protocols to guarantee the integrity, authenticity and traceability of these evidentiary elements. Thus, this study seeks to present good practices recommended for the Public Prosecutor's Office in the collection, preservation and use of digital criminal evidence, observing normative and technical guidelines, such as ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. To this end, a deductive approach is used, with bibliographic research based on legislation, case law and specialized literature. It was found that there is a normative and technical effort to ensure the validity of digital evidence and expand the scope of the current legal provision, contributing to greater legal certainty in criminal proceedings and the effectiveness of criminal prosecution in a digital environment.*

Keywords: Digital forensics. Digital trace. Criminal procedure. Crime scene. Data.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceitos e fundamentos da cadeia de custódia da prova penal digital; 3. Desafios da prova penal digital em um sistema convencional; 4. Aplicação das boas práticas no Ministério Público para a cadeia de custódia da prova digital; 5. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O uso da tecnologia, especialmente no âmbito da inteligência artificial, no processo penal já se consolidou como uma realidade irreversível. Essa conjuntura evidencia a necessidade premente de criação e promulgação de novos dispositivos normativos que disciplinem e regulem a inserção dessas inovações tecnológicas no processo penal. O presente estudo tem por objetivo ampliar a visão da crescente digitalização das relações sociais e econômicas que tem gerado impactos profundos no campo jurídico, especialmente no âmbito do processo penal.

A Lei n.º 13.964/2019 promoveu a inclusão dos artigos 158-A a 158-F no Código de Processo Penal, que tratam sobre a cadeia de custódia. Em que pese a regulamentação tenha sido tímida e concisa, aguarda-se o incremento e novas evoluções neste âmbito. O principal objetivo do instituto é tutelar “a identidade, integridade e autenticidade dos elementos da prova”, inclusive no que tange à eventual necessidade de contraprova (apud NETO; DOS SANTOS, 2020).

Embora haja preocupação do legislador sobre o assunto, não houve citação expressa acerca da prova produzida em decorrência do vestígio digital. Não obstante, atualmente a tecnologia está presente no cotidiano da humanidade, sendo espaço, inclusive, para o cometimento de crimes.

Diante disso, não se pode olvidar a relação entre a cadeia de custódia e a prova digital no processo penal. O Ministério Público, na condição de órgão de investigação, deve agir para garantir a legalidade do procedimento.

Disso, busca-se compreender as boas práticas aplicadas pelo Ministério Público na produção e utilização de provas digitais em observância à cadeia de custódia. Para tanto, faz-se necessário o debate acerca dos protocolos trazidos pela *Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013* pelo Ministério Público no exercício da atividade de persecução criminal.

Dessa forma, o presente artigo se propõe a responder à seguinte pergunta-problema: *Quais são as diretrizes e boas práticas que devem ser observadas pelo Ministério Público na produção, preservação e utilização de provas digitais, em estrita conformidade com os protocolos da cadeia de custódia e os princípios que regem a admissibilidade probatória no processo penal?* Para responder a essa indagação, o estudo adotará uma abordagem dedutiva, partindo da análise dos princípios gerais da cadeia de custódia e sua aplicação na prova digital para, em seguida, examinar as normativas técnicas e sua implementação na atuação do Ministério Público.

A metodologia utilizada será predominantemente bibliográfica, baseada na revisão de livros, artigos científicos, dissertações, teses, documentos normativos nacionais e internacionais, com especial atenção à *Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013*. A pesquisa se justifica pela necessidade de fortalecer a segurança jurídica na utilização de provas digitais, contribuindo para a efetividade da persecução penal e para a garantia de direitos fundamentais no processo penal brasileiro.

Num primeiro momento, este capítulo contextualiza a cadeia de custódia da prova digital no processo penal, destacando seus princípios fundamentais, como *mesmidade*, desconfiança e reconhecimento técnico-científica ou reserva pericial. Além disso, a análise dos fundamentos teóricos proporciona um embasamento sólido para a compreensão da necessidade de boas práticas na coleta e armazenamento desses vestígios.

No capítulo seguinte, são analisados os dispositivos do Código de Processo Penal e outras normativas pertinentes à cadeia de custódia da prova digital. A inexistência de uma regulamentação específica para vestígios digitais na legislação brasileira. Além disso, a análise da jurisprudência possibilita a compreensão do modo como os tribunais vêm enfrentando a matéria, evidenciando desafios e avanços na admissibilidade das provas digitais.

No último capítulo, remete-se às diretrizes para a atuação do Ministério Público na coleta, preservação e utilização de provas digitais, com foco na conformidade com normas técnicas e princípios processuais. A interação entre promotores, peritos e órgãos especializados é fundamental para assegurar a validade probatória e evitar nulidades processuais. O uso de tecnologias forenses e a aplicação de protocolos padronizados são aspectos fundamentais para garantir que a prova digital mantenha sua confiabilidade ao longo do processo penal.

Nesse cenário, surge a necessidade do estabelecimento de parâmetros estáveis que possam edificar o caminho a ser trilhado para a efetiva proteção das garantias fundamentais, *especialmente pelo fato de que o tempo do direito jamais será o mesmo da sociedade tecnológica* (FRANÇOIS, 1999, p.335). Assim, pretende-se contribuir para o debate jurídico e científico sobre a modernização do processo penal no Brasil à luz das transformações impostas pela era digital.

2. CONCEITOS E FUNDAMENTOS DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL DIGITAL

Diante do cenário global criado pelo domínio de tecnologias de informação e comunicação, impõem-se mudanças adaptativas às ciências jurídicas. Esse cenário expôs a crise das normas, regras e princípios tradicionais de modo a se exigir inovações no ramo do direito (SALT, 2017, p.11). No Direito Processual Penal, notadamente, quanto aos aspectos da prova penal, não poderia ser diferente.

Como explica Mendes (2024, p. 247), os avanços tecnológicos permitem a utilização de mecanismos poderosos de investigação na obtenção de informações relevantes para processos penais. São inovações técnicas e tecnológicas de investigação que demandam conhecimentos específicos, tendo em vista que, por meio de tais investigações, possa-se identificar e recolher fontes cuja função é proporcionar o conhecimento de informações cada vez mais fidedignas e relevantes ao processo penal. Fontes de prova

que, quando colhidas em ambiente digital ou informático, em virtude da complexidade metodológica e científica, também ostentam a característica do que se denomina de prova científica (GAMMAROTA, 2016, p. 69-70).

Inicialmente, entende-se por prova científica um fenômeno complexo, articulado e diversificado em suas múltiplas formas de manifestação. Para Mendes (2024, p. 247), trata-se de uma operação probatória pela qual, no momento de aquisição, admissibilidade e valoração, usam-se instrumentos científicos e técnicos, ou seja, princípios e metodologia científica, métodos tecnológicos, aparatos técnicos cujo uso requer. Sobre este prisma é que se deve evitar a excessiva valoração construída do mito da confiabilidade inquestionável das provas científicas, portanto, fazendo-se necessário o estabelecimento de critérios de controle para a recolha e manutenção da qualidade da prova, que, no presente estudo, trata-se da prova penal digital.

Sob o aspecto *principiológico*, Geraldo Prado diz que a cadeia de custódia da prova é orientada por dois princípios reitores: a *mesmidade*¹ e a *desconfiança*. Por *mesmidade* compreende-se que a prova que será valorada e utilizada para tomada de decisão judicial é a “mesma” que foi encontrada na cena do crime (PRADO, 2019, p.95).

Dessa forma, todos os materiais têm que ser preservados na sua integralidade, não podendo sofrer nenhuma alteração, seja por alguma conduta humana ou por incidência de fatores da natureza. No que se refere ao *princípio da desconfiança*, esse pode ser entendido como a exigência de que “a prova deve ser ‘acreditada’, submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser” (LOPES JUNIOR, 2019, p. 412).

Visando a robustecer a questão principiológica ligada ao estudo da cadeia de custódia dos vestígios, acrescenta-se à análise o *princípio da reconhecimento técnico-científica ou da reserva pericial*, quando havendo questionamento acerca da autenticidade e integridade do vestígio deixado por uma infração penal, invariavelmente, qualquer solução técnico-científica a respeito da quebra da cadeia de custódia deveria se submeter ao crivo do perito criminal de natureza oficial, em vista do princípio da reserva pericial, que reafirma a necessidade de que essa análise seja processada estritamente com base em fundamentos técnicos-científicos (SAAD, 2023, p.278).

Nesse interim é que se traz à baila a prova científica como gênero daquilo que denominar-se-á prova digital, como espécie, leciona corretamente Pittiruti (2017, p. 14).

.....

1 O termo *mesmidade* foi assim estabelecido em razão da falta de uma palavra correspondente no idioma português que representasse integralmente o significado do termo empregado no idioma espanhol para “*ley de mesmidad*”.

A prova digital, diante da crescente expansão dos crimes cibernéticos, assume cada vez mais importância no processo penal contemporâneo e pode ser conceituada como toda “informação armazenada ou transmitida em meio eletrônico”, em consonância com o art. 4º do Projeto de Lei n.º 4.939/2020. Outros a definem como o “instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido ou não em meios digitais” como adverte Lai (2024, p.59). As conceituações se referem aos “dados produzidos e processados a partir da ‘lógica binária’, que tem potencial para ser utilizados como fonte de prova”, independentemente de suporte físico em que se acham armazenados (MINTO, 2021, p.15).

Os dados digitais são coletados, pelos meios de obtenção de prova digital, como a busca e apreensão de um *notebook* e a sua extração de dados. Posteriormente, são introduzidos no processo por meio de prova, a exemplo do laudo pericial dos dados eletrônicos adquiridos do computador e devidamente analisados.

Nesse sentido, um ponto relevante é entender que a prova digital se constitui na verdade do produto de um contexto. É um erro objetivar a prova digital e achar que ela se traduz no suporte físico que a armazena (*pendrive*, computador, *tablet*, *notebook*, *smartphone* etc.), pois “o que importa é o dado ou arquivo digital em si, que pode ser obtido quando está armazenado em um dispositivo ou quando está sendo transmitido” (LAI, 2024, p.59).

Conforme Pittiruti (2017, p.15), portanto, necessita-se de conhecimentos técnicos de elevada especialização, pois toda a atividade desenvolve-se no ambiente da computação forense. Logo, a prova digital, entre as provas ditas científicas, como fenômeno complexo, articulado e diversificado em múltiplas formas e voltada à utilização de determinados instrumentos cognoscitivos nos momentos de *aquisição*, *admissão* e *valoração probatória*, mostra-se com algumas peculiaridades, a começar pela imposição da exigência de conhecimento específico desde o momento da identificação do dado probatório em fase investigativa, para sua aquisição procedimentalmente adequada.

Entretando, a tentativa da definição de um conceito acerca do que é verdadeiramente uma prova digital, embora relevante, trata-se de um trabalho árduo, pois se apresenta pendular entre a inoperatividade de um conceito possivelmente abstrato e a curta duração da força conceitual decorrente dos constantes avanços tecnológicos (RAMALHO, 2017, p.98-99). Por entender que o legislador processual deve voltar sua atenção para as peculiaridades desta atividade probatória é que Mendes (2020, p. 146-147) afirma ser fundamental a adequação legislativa para aquisição de fontes probatórias no ambiente digital. Ressalta o autor que a atualização tecnológica constante necessita de uma lei que restaure o equilíbrio entre o fato investigado e a aplicação da norma quanto as formas de investigação.

3. DESAFIOS DA PROVA PENAL DIGITAL EM UM SISTEMA CONVENCIONAL

No que se refere aos vestígios digitais, em uma breve análise crítica da Lei n.º 13.964/2019, observa-se um hiato entre o que propôs o legislador, no intuito de modernizar a legislação processual penal, e a casuística da atividade pericial, no campo das perícias informáticas.

Dentre os pontos mais criticados destaca-se a própria definição de vestígios² pelo art. 158-A, § 3º, do Código de Processo Penal, visto que, em sua literalidade, os dados digitais³ não foram reconhecidos como vestígios, permanecendo tecnicamente em uma espécie de limbo jurídico (SAAD, 2023, p.300).

Enquanto o termo “vestígio”, ainda que definido pelo legislador reformador na Lei n.º 13.964/2019, já era previsto na legislação processual penal desde a criação do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, em seu art. 134⁴, a locução “cadeia de custódia”, por seu turno, surge e tem sua definição legal estatuída no atual diploma processual penal somente com a publicação da referida lei.

Devido à passividade da doutrina jurídica quanto ao aprofundamento do tema, foi com base nos estudos desenvolvidos pela criminalística que a Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça (SENASP/MJ), estabeleceu, por meio da *Portaria n.º 82/2014*, as diretrizes para a implementação da cadeia de custódia de vestígios.

Além da imprecisão do dispositivo, inicialmente, em comentário, ao apresentar a definição legal de vestígio, olvidou o legislador de considerar que, atualmente, as provas digitais processadas por computadores, *smartphones*, e outros dispositivos digitais se inserem entre os vestígios mais frequentemente submetidos à análise pericial, uma vez que boa parte das infrações penais são praticadas, direta ou indiretamente, em ambientes de informática.

Ronald Dworkin (2003, p. 276) desenvolve um conceito de integridade, salientando que esta deve ser concebida com base em dois níveis fundamentais, sendo o primeiro pela legislação e o segundo pelo modo como os julgadores constroem suas decisões. Em síntese, tanto o legislador quanto os juízes, ao exercerem suas funções, encontram-se obrigados a atender requisitos pré-constituídos pela sociedade, ou seja, devem pautar suas atuações em face dos elementos basilares de seus respectivos campos sociais.

2 § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

3 Com base na definição e no entendimento destes articulistas, é cabível entender vestígio digital como todo material de cunho informático ou digital, visível ou latente, constatado ou coletado, que se relaciona ao local de crime informático.

4 BRASIL. *Lei Imperial de 29 de novembro de 1832*. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição acerca da administração da Justiça Civil. “Art.134. Formar-se-há auto de corpo de delicto, quando este deixa vestígios que podem ser ocularmente examinados; não existindo porém *vestígios*, formar-se-há o dito auto por duas testemunhas, que deponham da existência do facto, e suas circunstancias”

Mais à frente, diante da apertada síntese realizada acerca do pensamento de Ronald Dworkin, verifica-se um importante caminho para se pensar o tratamento jurídico a ser conferido à prova penal digital, haja vista que, diante das suas características intrínsecas (*imaterialidade, volatilidade e dispersão*), tem-se uma indagação imprescindível, qual seja: *O tratamento da prova digital deve ser disciplinado por regulamentações exaustivas que estabeleçam de forma rígida a cadeia de custódia e os requisitos para sua postulação, admissão, produção e valoração, ou há espaço para interpretações flexíveis conforme o caso concreto?*

Primeiramente, a resposta a ser fornecida deve partir de um pressuposto, já comentado e bastante óbvio, *na medida em que o tempo do direito não é o mesmo da sociedade tecnológica*, como afirma François (1999, p. 355). Dito de outro modo, o eventual caminho de regulamentação taxativa de cada nova realidade trazida pelo avanço da tecnologia nem de longe se assemelha ao percurso que deve ser trilhado para a elaboração das normas.

Nesse sentido, segue valorosa contribuição do professor Geraldo Prado (2022, p. 35): isso não significa que a regulamentação do uso da tecnologia não deve se estabelecer por meio de regramentos específicos, não se trata de abandonar tal metodologia. Faz-se necessário, nesta perspectiva, entender que tais normativas sempre chegam depois da nova realidade e tendem a ficar obsoletas rapidamente.

A título de ilustração, em abril de 2024, o STJ⁵ julgou inadmissíveis, de forma unânime, as provas digitais extraídas de dispositivos celulares, quando ocorrem sem seguir procedimentos adequados para garantir a integridade e a confiabilidade dos dados, não podem ser admitidas como provas em processos penais. O Ministro Joel Ilan Paciornik, relator do caso, destacou *a importância dos quatro aspectos essenciais das evidências digitais*. Sem embargo, em matéria de provas digitais, é interessante analisar aquelas *diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação da evidência digital trazidas pela norma ABNT/ISO 27.037, em vigor no território brasileiro desde 2013*, como veremos a seguir.

4. APLICAÇÃO DAS BOAS PRÁTICAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

A vulnerabilidade da prova digital é enorme, haja vista a potencial contaminação dos dados, tanto pelo mau uso dos instrumentos quanto pelo conhecimento inadequado do sistema e das suas ferramentas, que poderá acarretar a invalidação daquela em juízo.

O art. 19 do Projeto de Lei n.º 4.939/2019 organizou os protocolos de uma cadeia de custódia específica das provas digitais, prescrevendo como princípios reitores a autenticidade, integridade, completude, auditabilidade e reprodutibilidade delas, que serão exploradas adiante.

5 AgRg no HABEAS CORPUS n.º 828054 - RN (2023/0189615-0). Quinta Turma, Min. Joel Ilan Paciornik. 24/04/2024.

A diretriz ABNT/ISO n.º 27.037/2013, redigida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, órgão responsável pela regulação técnica no país, alicerçou-se nos métodos estrangeiros organizados pela *International Organization for Standardization* (ISO), aceitos mundialmente para padronizar os passos à evidência digital (LAI, 2024, p. 69).

Nesse sentido, defende Learte (2023, p.132), que tanto normativas técnicas nacionais (entre as quais o Procedimento Operacional Padrão n.º 3.1 do Ministério da Justiça e da NBR ISO/IEC 27.037:2013 – ABNT) quanto internacionais (por exemplo, a RFC 3227 da *Internet Engineering Task Force* – IETF) podem auxiliar para viabilização das boas práticas da cadeia de custódia da prova digital.

Segundo essa norma, há pelo menos quatro requisitos essenciais que devem estar presentes no manuseio da prova. São eles: *a) auditabilidade*, refere-se à possibilidade de determinar e verificar o método científico, técnica ou procedimento de verificar os resultados; *b) repetibilidade*, refere-se à possibilidade de verificar os resultados. Isto é, espera-se a mesma metodologia, técnica ou procedimento com os mesmos instrumentos e condições, a qualquer tempo e que levem ao mesmo resultado; *c) reprodutibilidade*, refere-se à possibilidade de se obter resultados equivalentes pelo uso de instrumentos, condições, tempo diversos, depois do teste original; e *d) justificabilidade*, refere-se à capacidade de justificação da escolha de todas as ações, métodos, técnicas e procedimentos usados para obtenção e manuseio de potencial prova digital.

As etapas de manuseio da prova penal digital, entretanto, são as seguintes: identificação, coleta, aquisição e preservação. A identificação envolve a pesquisa, o reconhecimento e a documentação. Os dois pontos mais importantes nessa etapa são: o reconhecimento de potencial evidência digital, a priorização da coleta de evidências em razão da sua volatilidade⁶, e a identificação física (ou seja, a documentação de todo detalhe relevante, como modelo, marca, fabricante, número de série, condição em que foi encontrado etc.) e lógica realizada por meio da função *hash*.

A função *Hash* está diretamente atrelada com a integridade e a autenticidade da prova digital, pois consiste em um algoritmo que usa os dados de um objeto digital para calcular a combinação números e letras que se constituem em um identificador único. Assim, a função *Hash* pode ser representada como a digital ou DNA humano e será de grande utilidade na preservação da prova digital (CASEY, 2011, p.22-24).

A etapa de coleta, por sua vez, refere-se ao processo de manuseio da evidência digital, no qual dispositivos que podem conter potencial evidência digital são removidos de sua localização original para

6 A volatilidade da prova digital depende do tipo de dispositivo de armazenamento, mídia ou sistema. Por exemplo, memória RAM, redes e servidores em nuvens, possuem uma capacidade temporal de armazenamento dos dados muito inferior a um pendrive, um HD (*hard disk*) ou SSD (*solid state drive*), tornando os dados mais voláteis. Nesse contexto, é necessário identificar os dados mais voláteis a fim de adiantar as etapas de manuseio da prova digital diante da possibilidade de alteração ou até mesmo a destruição (voluntária ou automática) desses dados.

um laboratório ou outro ambiente controlado para posterior aquisição e análise. É a etapa que engloba a documentação de toda a abordagem e do acondicionamento dos dispositivos antes do transporte.

Caso não sejam observados os cuidados necessários nessa etapa, pode haver alteração ou destruição parcial ou total do potencial prova digital. Por isso, é importante, conforme se extrai de Learte (2025, p. 27), que a cadeia de custódia seja rigorosamente observada para assegurar que as evidências não sejam manipuladas ou adulteradas.

Como aponta Greco (2019, p. 392), “qualquer falha na preservação da cadeia de custódia pode levar à nulidade da prova e prejudicar toda a investigação”.

Já no que diz respeito à etapa de aquisição, é o momento que haverá o processamento em si, ou seja, a análise da potencial prova digital. É nessa etapa em que deverá ser produzida uma cópia integral e autêntica (idêntica) dos dados originais, por meio de validação da função *hash*. Todo e qualquer método usado para manipulação da prova digital deve ser aplicado sobre a cópia, nunca sobre os dados originais. Vecchia (2019) acrescenta que a coleta está relacionada com a cópia (duplicação) dos dados, pois uma análise direta em uma mídia questionada poderia alterar os dados e comprometer a prova digital.

Nessa vereda, Learte (2024, p. 147) relata que será necessária uma cópia fidedigna e segura da evidência digital contida nos dispositivos originais apreendidos, que consiste na cópia exata de todos os *bits* contidos na mídia questionada para outra mídia.

Por fim, a última etapa trata da preservação da potencial evidência digital a fim de garantir a sua integridade e utilidade na investigação e, eventualmente, no processo judicial.

Nesse sentido, os dados digitais, na etapa de preservação da cadeia de custódia que certifica os elementos apresentados e que responde aos questionamentos sobre a integridade (o documento/objeto apresentado como prova deve ser o mesmo que foi originalmente adquirido), a espoliação (o manuseio ou análise não deve ter alterado ou destruído, intencionalmente ou não, o documento/objeto) e a volatilidade, se o documento/objeto é suscetível de mudança em razão de fatores mecânicos, ambientais ou passagem de tempo (PRADO, 2022, p.35).

A questão é demonstrar que a fonte de prova não foi modificada desde o momento da sua coleta. No caso das provas digitais, poder-se-ia pensar também no uso da tecnologia *blockchain* como forma de garantir a manutenção da cadeia de custódia e do dado informático (MORAIS DA ROSA, 2021, p. 400).

Ainda no desenvolvimento deste artigo, detectou-se a existência de um número considerável de leis, portarias, normas técnicas e procedimentos operacionais voltados às boas práticas da cadeia de custódia da prova penal digital. É importante destacar que o resultado apresentado não pretende ser um modelo plenamente assertivo e rígido, mas servir como apoio e referência neste momento de necessária mudança.

Desse modo, conforme Lai (2024), a preservação da cadeia de custódia das provas digitais requer uma estrutura principiológica específica, assegurando a reconstrução clara, cognoscível e completa dos eventos, não apenas autenticar os dados, mas também comprovar a execução precisa do procedimento metodológico de análise.

Em suma, as boas práticas aplicadas no Ministério Público brasileiro não serão mais a gravidade do crime que freará ou imprimirá maior velocidade à atuação estatal com os respectivos graus de observância dos direitos individuais do réu, mas sim a quantidade e a qualidade dos dados informáticos obtidos, possibilitando a aferição do respeito às garantias da legalidade, do devido processo e da ampla defesa, a fim de validar a prova penal digital.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao fim deste trabalho, é possível concluir que os dispositivos do Código de Processo Penal são insuficientes para garantir uma cadeia de custódia adequada da prova penal digital.

Diante disso, responde-se ao quesito: *Quais são as diretrizes e boas práticas que devem ser observadas pelo Ministério Público na produção, preservação e utilização de provas digitais, em estrita conformidade com os protocolos da cadeia de custódia e os princípios que regem a admissibilidade probatória no processo penal?*

O Ministério Público deve seguir diretrizes e boas práticas rigorosas na produção, preservação e utilização de provas digitais, garantindo conformidade com os protocolos da cadeia de custódia e os princípios da admissibilidade probatória no processo penal. Devemos ir além da previsão legal; é necessário apoiar-se nas diretrizes da norma ISO/IEC 27.037:2013, pois são boas práticas aplicáveis para garantir a qualidade e segurança necessária para validação e confiabilidade das provas, para que haja compreensão no que diz respeito às etapas – coleta, aquisição e preservação que prova digital necessita cumprir para que não seja declarada inválida.

Atrelada à norma, o debate acerca das boas práticas repercute na observância dos requisitos de auditabilidade, justificabilidade, repetibilidade e reprodutibilidade, reconhecidos internacionalmente, assim como os padrões da Organização das Nações Unidas para a Cooperação na Área de Investigação Criminal (ICITAP). Esses padrões estabelecem diretrizes para a coleta, armazenamento e apresentação de provas em investigações criminais e civis em todo o mundo que podem auxiliar na cadeia de custódia da prova digital produzida pela Ministério Público.

Cabendo acrescentar Prado (2023, p.325), as boas práticas de aquisição da prova digital são inerentes à própria prova e requisitam que sejam incorporadas práticas técnico-científicas de investigação criminal digital que de modo algum podem ser escanteadas.

É salutar referir que não é possível esgotar o assunto da cadeia de custódia da prova penal digital em apenas algumas laudas. A temática exige, ainda, muitos avanços em termos de legislação e compreensão por parte da comunidade jurídica, sobretudo pelo envolvimento com as novas tecnologias que, ao que tudo indica, estarão cada vez mais presentes no processo penal.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR ISO/IEC 27037**: Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273>>. Acesso em: 22 fev. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria n.º 82, de 16 de julho de 2014**. Estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://sintse.tse.jus.br/documentos/2014/Jul/18/diario-oficial-da-uniao-secao-1/portaria-no-82-de-16-de-julho-de-2014-estabelece>>. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 4939, de 2020**. Dispõe sobre as diretrizes do direito da Tecnologia da Informação e as normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo, além de outras providências. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1936366&filename=PL%204939/2020>. Acesso em: 6 mar. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 6 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HABEAS CORPUS n.º 828054**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta turma, julgado em 23 de abr. 2024, publicado em Diário da Justiça em 29 abr. 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301896150&dt_publicacao=29/04/2024>. Acesso em: 6 mar. 2025.

CASEY, Eoghan. **Digital evidence and computer crime**: forensic Science, computers and the internet. Ed. London: Elsevier Inc, 2011. p. 22-24. Disponível em: <<https://rishikeshpansare.wordpress.com/wp-content/uploads/2016/02/digital-evidence-and-computer-crime-third-edition.pdf>>. Acesso em: 5 de mar. 2025.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GAMMAROTA, Antonio. **Informatica forense e processo penale**: la prova digitale tra innovazione normativa e incertezze giurisprudenziali. Dottorato di Ricerca in Diritto e nuove tecnologie, Università di Bologna: 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LEARTE, B. E. S. Admissibilidade e validade das provas obtidas por interceptações telefônicas e o papel do Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, [S. l.], v. 33, n.º 388, p. 24–28, 2025. DOI: 10.5281/zenodo.14889383. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1640>. Acesso em: 7 mar. 2025.

LEARTE, Bruno. A importância da cadeia de custódia da prova digital na investigação criminal. p. 124. **Lumiar: Revista do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão / Escola Superior do Ministério Público do Maranhão**. Ano 5, n.º 5, (jan./dez.2023). São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2011. Disponível em: <<https://www.mpma.mp.br/revista-lumiar-ano-5-2/>>. Acesso em: 5 de fev. 2025.

LEARTE, Bruno Emanuel Setubal. Breves estudos sobre a cadeia de custódia da prova digital e perícia digital. In: FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha (org.). **Reflexões jurídicas**: coletânea de estudos e debates. v. 2. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

LAI, Sauvei. **Policeware - Infecção de software em sistema informático do investigado para fins de vigilância eletrônica**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. **Malware do estado e processo penal**: a proteção de dados informáticos face à infiltração por *software* na investigação criminal. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8537/5/DIS_CARLOS_HELDER_CARVALHO_FURTADO_MENDES_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 16 de jan. 2025.

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado. **Prova penal digital**: direito à não autoincriminação e contraditório na extração de dados armazenados em dispositivos informáticos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

MINTO, Andressa Olmedo. **A prova digital no processo penal**. São Paulo: LiberArs, 2021.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos. Florianópolis: emails editora, 2021.

NETO, Mário Furlaneto; DOS SANTOS, José Eduardo Lourenço. **Apontamentos sobre a cadeia de custódia da prova digital no brasil**. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 20, n.º 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3130>>. Acesso em: 6 fev. 2025. doi: <<https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3130>>.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

PITTIRUTI, Marco. **Digital evidence e procedimento penale**. Giappichelli Editore: Torino, 2017.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. Parecer: investigação criminal digital e processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 199. ano 31. p. 325. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. In: **Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB)**, 2022, p. 35. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>. Acesso em: 6 de mar. 2025.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAMALHO, David Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Almedina, 2017.

SAAD NETTO, Claudio. **O direito à prova pericial no processo penal**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

SALT, Marcos. **Nuevos desafios de la evidencia digital**: acceso transfornterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos. 1 ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017.

VECCHIA, Dalla Evandro. **Perícia digital**: da investigação à análise forense. Campinas: Millenium, 2019. (Série Tratado de perícias criminalísticas; 1)

SOBRE OS AUTORES

Bruno Emanuel Setubal Learte: Pós-Graduado em Computação Forense e Perícia Digital (IPOG). Pós-Graduado em Direito, Ciberdefesa e Cibersegurança (Verbo Jurídico). Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal (Verbo Jurídico). Especialista em Ethical Hacking e CyberSecurity (UNICIV, Paraná). Graduado em Redes de Computadores (Faculdade Laboro). Acadêmico de Direito (IESF). Servidor no Ministério Público do Maranhão lotado no Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro (LABLD). Pesquisador em Ciências Criminais do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais – Universidade Federal do Maranhão (NUPECC/UFMA/CNPq). Associado e Parecerista do IBCCRIM. Autor e Escritor de artigos e livros em Direito e Tecnologia. Link Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4500288618809694>>; ORCID ID: <<https://orcid.org/0000-0003-4101-5754>>. E-mail: bruno.learte@mpma.mp.br

Luiz Muniz Rocha Filho: Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-Graduado em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pelo Centro Universitário Newton Paiva, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais (ESMP/MG). Promotor de Justiça do Ministério Público do Maranhão. Coordenador do Grupo de Atuação Especial no Combate às Organizações Criminosas (GAECO) e Coordenadoria de Assuntos Estratégicos e Inteligência (CAEI). E-mail: lmuniz@mpma.mp.br

Sara Ravena Camelo Coelho: Pós-Graduada em Ciências Criminais e Direito Anticorrupção (Lato Sensu) pela Universidade Federal do Maranhão e em Gestão e Governança em Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade (NEPPC/UEMA). Técnica Ministerial/Assessora de Promotor de Justiça do Ministério Público do Maranhão. E-mail: saravena@mpma.mp.br

COMPLIANCE ESTRUTURAL NO BOJO DE ACORDOS PROCESSUAIS: A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURAIS POR MEIO DOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO NORMATIVO COMO MEDIDA DE PREVENÇÃO CRIMINAL

STRUCTURAL COMPLIANCE WITHIN PROCEDURAL AGREEMENTS: THE IMPLEMENTATION OF STRUCTURAL MEASURES THROUGH COMPLIANCE PROGRAMS AS A CRIME PREVENTION MEASURE

Bruno de Souza Martins Baptista¹

Resumo: O presente artigo busca sustentar a potencialidade dos acordos processuais – nos ilícitos criminais cometidos pelos entes coletivos e em casos de danos complexos e multifacetados – em proporcionar uma tutela mais adequada e efetiva dos bens em jogo, com a utilização de técnicas estruturais, sobretudo pela maior liberdade dos envolvidos para estabelecer medidas negociadas e escalonadas de solução dos conflitos. Para tanto, faz-se uma análise do fenômeno da expansão do Direito Penal, da tutela penal do risco e da chamada privatização da prevenção criminal, revelando algumas de suas repercussões na forma de se tutelar determinados bens jurídico-penais, mormente os normalmente violados pelas ações praticadas por entes coletivos. Após tal recorte, passa-se a analisar a teoria da decisão e do processo estrutural, mencionando suas principais características e objetivos e evidenciando a sua aptidão para uma tutela mais efetiva de determinado tipo de conflito. Por fim, propõe-se a implementação de medidas estruturais por meio de programas de *compliance* como alternativa adequada e viável para compor os vários interesses legítimos que estão em litígio, promovendo uma reforma estrutural e reorganizando os entes burocráticos públicos e privados, dando a estes acordos uma função transcendente e multinível, com o objetivo de realizar uma prevenção criminal mais eficaz.

Palavras-chave: *compliance* estrutural. *compliance* criminal. Decisão estrutural. Processo estrutural.

Abstract: *This report seeks to support the potential of procedural agreements – in criminal offenses committed by collective entities and in cases of complex and multifaceted damage – in order to provide more*

1 Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pelo Cesmac – Centro Universitário de Maceió. Especialista em *compliance* para a Prevenção da Corrupção pela NOVA School of Law. Especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)/MG. Promotor de Justiça e Coordenador do Núcleo de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Alagoas. Coordenador do Fórum de Combate à Corrupção do Estado de Alagoas (FOCCO).

adequate and effective protection for the assets at stake, using structuring techniques, above all due to the greater freedom of those involved to establish negotiated and staggered measures for resolving conflicts. To this end, an analysis is made of the phenomenon of the expansion of criminal law, the criminal protection of risk and the so-called privatization of criminal prevention, revealing some of its repercussions on the way certain criminal-legal assets are protected, especially those normally violated by the actions of collective entities. After this, we move on to analyze decision theory and the structuring process, mentioning its main characteristics and objectives and highlighting its suitability for more effective protection of a certain type of conflict. Having made these theoretical contributions, we will then analyze the extent to which compliance programs are (or are not) included in some procedural agreements arising from the violation of criminal legal assets of a collective nature, based on an analysis of cases. Finally, we propose the implementation of structuring measures through compliance programs as a suitable and viable alternative for settling the various legitimate interests that are in dispute, promoting structural reform, reorganizing public and private bureaucratic entities, giving these agreements a transcendent and multi-level function, with the aim of achieving more effective crime prevention.

Keywords: *structural compliance; criminal compliance; structural injunctions; structural procedure.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O *compliance* e sua vocação à defesa de direitos supraindividuais: alinhando a prevenção criminal com a tutela de bens coletivos. 3. Teoria da decisão e do processo estrutural: elementos básicos de um processo plural e multifacetado. 4. *compliance* estrutural: a prevenção criminal por meio da implementação de técnicas estruturais. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os programas de *compliance* (e toda a dogmática e a técnica jurídica que os envolvem) têm ganhado cada vez mais importância e relevo nos ordenamentos jurídicos, gerando uma série de efeitos decorrentes de sua adoção (NIETO MARTÍN, 2019).

O surgimento de novos riscos, geradores de danos cada vez mais amplos e irreversíveis, desafia o Estado (e suas formas de controle social) a repensar as ferramentas do Direito Penal e seus elementos teóricos clássicos (SÁNCHEZ, 2013, p. 35-36), a fim de configurar um sistema preventivo e repressivo capaz de tutelar adequadamente também bens e direitos supraindividuais (meio ambiente, probidade administrativa, ordem fiscal e econômica etc.).

Uma das principais características de tais programas de cumprimento normativo é a sistematização de medidas preventivas baseadas, entre outros vetores fundamentais, na gestão do risco e na avaliação e no monitoramento constantes.

Com essa formatação, e diante da insuficiência da proteção de direitos supraindividuais no seio de determinados acordos processuais em casos de danos complexos, torna-se necessário buscar um instrumental que favoreça a inserção de medidas estruturais no bojo desses acordos, potencializando a tutela dos diversos bens em jogo e estipulando medidas a serem cumpridas em caráter prospectivo e mandamental, com a aplicação da negociação e da participação dos sujeitos interessados.

A ideia subjacente ao desenvolvimento dos processos estruturais, em que são veiculados os litígios estruturais, envolve a premissa lógico-jurídica de que determinados direitos só podem ser efetivados mediante uma intensa e ampla supervisão judicial.

Por veicular uma demanda de natureza estrutural, o processo em que tal decisão se constrói se chama processo estrutural. A ideia-chave do litígio estrutural se dá mediante a constatação de que não é possível eliminar a lesão causada por determinada organização burocrática sem que se promova uma reestruturação do próprio ente.

Este trabalho busca responder às seguintes indagações: os programas de *compliance* têm aptidão para albergar medidas estruturais, proporcionando uma maior efetividade na prevenção de riscos a bens jurídicos supraindividuais, sobretudo os que possuem repercussão criminal? As peculiaridades fáticas e jurídicas dos processos estruturais podem encontrar nos programas de cumprimento normativo um instrumental jurídico que potencialize a tutela adequada do bem jurídico violado, reorganizando (no bojo dos acordos processuais) burocraticamente entes públicos e privados e promovendo uma efetiva prevenção criminal?

Num primeiro momento, aborda-se a vocação dos programas de cumprimento normativo para a defesa de bens jurídicos supraindividuais, anunciando a sua feição, enquanto instrumento de prevenção criminal, para albergar mecanismos de defesa de bens e direitos de natureza coletiva.

Após tal recorte, passa-se a analisar a teoria da decisão e do processo estrutural, explicitando seu histórico, conceito, características e aspectos procedimentais, a fim de propugnar a ideia da existência de uma categoria jurídica própria, com suas especificidades jurídico-processuais e vocação para proporcionar uma tutela mais adequada e efetiva de conflitos de natureza complexa e multifacetária.

Por fim, relacionando as características desse “novo” Direito Penal de prevenção de riscos com as ferramentas dos processos estruturais, anuncia-se a ideia do *compliance* como instrumental adequado à prevenção criminal por meio de reformas estruturantes. Neste sentido, são propostas algumas medidas que podem de fato transformar os programas de cumprimento normativo, a serem implementados ou aprimorados em sede de acordos processuais, em autênticas ferramentas de reformulação do setor preventivo das empresas, com uma função transcendental e multinível conferida aos acordos envolvendo bens jurídico-penais complexos.

Partindo da ideia do Direito Penal como “instrumento de condução socioeconômica” (SÁNCHEZ, 2013, p. 218) e da empresa como “cidadã corporativa” (BRAITHWAITE; AYRES, 1992, p. 101 e ss), a implementação de medidas estruturantes por programas de *compliance* é alternativa adequada e viável para compor os vários interesses legítimos que estão em litígio, promovendo uma reforma estrutural e reorganizando os entes burocráticos públicos e privados, com o objetivo de que estes realizem uma prevenção criminal mais eficaz.

2. O *COMPLIANCE* E SUA VOCAÇÃO À DEFESA DE DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS: ALINHANDO A PREVENÇÃO CRIMINAL COM A TUTELA DE BENS COLETIVOS

A datar da existência de um cenário histórico, cultural e socioeconômico em formação nas últimas décadas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, em que as empresas se tornaram atores globais e geradoras de riscos com alto potencial de dano a uma série de bens e direitos de uma coletividade, passou-se a questionar a utilidade, a adequação e a eficácia das ferramentas do Direito Penal clássico para tutelar – em seu espectro de intervenção – os conflitos decorrentes da execução de tais atividades.

Nesse sentido, ganhou relevo também no campo penal o estudo da utilização dos programas de *compliance* como modelos de prevenção de ilícitos criminais² no bojo dos entes coletivos, com efeitos diretos na configuração dos modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já que o interesse pelos sistemas de cumprimento normativo “tem aparecido justamente depois de progressivamente se passarem a adotar medidas penais de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas” (BUSATO, 2018, p. 23).

Isso porque o surgimento de novos riscos, geradores de danos cada vez mais amplos e irreversíveis, desafia o Estado (e as suas formas de controle social) a repensar as ferramentas do Direito Penal e seus elementos teóricos clássicos, a fim de configurar um sistema capaz de tutelar adequadamente também bens e direitos supraindividuais (meio ambiente, probidade administrativa, ordem fiscal e econômica etc.).

Tal movimento jurídico, reflexo direto da chamada expansão do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2013, p. 35-36) e do volume e alcance das atividades econômicas, parte da constatação da incapacidade estatal no controle dos riscos decorrentes destas atividades (COCA VILA, 2013, p. 43-76), gerando um modelo de

2 Para alguns autores, a exemplo de Paulo Busato, não há que se falar propriamente em um criminal *compliance*, mas sim numa “coordenação de mecanismos, em certa medida bastante antigos, vistos através das lentes do Direito Penal”. Cf. BUSATO, 2018, p. 21. De fato, falar de *compliance* criminal nada mais é do que analisar as consequências jurídico-criminais da adoção dos programas de cumprimento normativo pelos entes coletivos.

compartilhamento de responsabilidade com os particulares na função de prevenção de ilícitos criminais (TEIXEIRA; RIOS, 2018, p. 103).

Sobre esse fenômeno, Judith van Erp (2018, p. 131) faz a seguinte afirmação:

A crescente globalização e complexidade técnica dos processos industriais, juntamente com a diminuição de orçamentos, capacidade de inspeção e *expertise* científica das autoridades de regulação, conduz a uma monitorização menos rigorosa das empresas por parte das autoridades públicas, associada ao risco crescente de não deteção das infrações cometidas pelas empresas. Por isso, o papel dos privados na deteção, denúncia e revelação das infrações das empresas é de crescente importância.

Reside nesse ponto a grande mudança de paradigma. Isso porque o legislador do Direito Penal liberal possuiu, até então, a lógica e a técnica legislativas para proibir condutas determinadas com a ameaça de uma sanção penal, ou seja, a técnica sempre consistiu em se olhar para o passado, mediante uma norma penal que, ainda que tivesse uma função de prevenção (geral ou especial), sempre teve como foco reprimir condutas que já houvessem violado o bem jurídico a ser protegido pela norma penal.

Já essa nova fase ou paradigma do Direito Penal constrói uma lógica paralela – pela já mencionada insuficiência do Estado para proteger bens jurídicos de natureza supraindividual por meio do modelo clássico (instrumentalizado sob o viés da repressão) –, trazendo maior protagonismo à sua função preventiva, uma vez que passa a dirigir aos cidadãos e às pessoas coletivas alguns deveres prévios, deveres de colaboração dos particulares na prevenção de crimes corporativos.

A aludida expansão do Direito Penal reflete um aumento de seu campo de incidência, antecipando, muitas vezes, o seu espectro de intervenção para coibir não somente o dano (efetivo ou potencial) ao bem jurídico, mas o risco que uma determinada atividade gera a determinados direitos de uma coletividade, intervenção que acaba por gerar um entrelaçamento (nem sempre harmônico) entre o Direito Penal e o Administrativo Sancionador.

No âmbito corporativo, esse novo modo de se olhar o Direito Penal implica gerar deveres positivos de dificultar (e não somente impedir) que a atividade das empresas concretize determinados riscos, pela implementação de um eficiente sistema de prevenção de riscos, o que levou Silva Sánchez a afirmar o novo papel do Direito Penal como um “instrumento de condução socioeconômica” (SÁNCHEZ, 2013, p. 218).

O que se pode verificar, dessas primeiras reflexões e na esteira desse movimento de expansão do Direito Penal contemporâneo, é que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas passa, por meio da aceitação dos programas de *compliance* como elementos quase que essenciais à função de prevenção de ilícitos pelos entes coletivos, a ganhar maior aporte instrumental (teórico e prático), com a proliferação dos modelos de autorregulação regulada (*enforced self-regulation*) (NIETO MARTÍN, 2008, p. 3-4).

Isso porque, ante uma criminalidade econômica cada vez mais complexa, organizada e transnacional, “os regulamentos das próprias empresas afetadas têm melhores condições de avaliar as especificidades técnicas e econômicas da realidade moderna, em comparação com os regulamentos administrativos ou penais gerais” (WEIBLEN, 2023, p. 124).

Essa nova estratégia estatal de controle social, embora não isenta de críticas³, pelo um Direito Penal de prevenção de riscos, reforça o sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica e aposta no *compliance* como um instrumental apto a reduzir os fatores criminógenos no seio empresarial, estimulando uma cultura de integridade e minimizando (ou eliminando) determinados riscos, mediante uma melhoria na detecção e responsabilização de comportamentos desviantes.

Essa nova faceta do Direito Penal, que envolve a transferência de reponsabilidades para os atores privados, incumbindo-os de elaborar programas de cumprimento normativo que eliminem (ou minimizem) os riscos decorrentes das suas atividades, acaba por mitigar a tradicional lógica estatal de monopólio da regulação (normatização e fiscalização) e da atividade de investigação, o que gera um sem-número de questões jurídicas que merecem um novo olhar, à luz de um Direito Sancionatório comum que ganha cada vez mais força.

Merece destaque a vocação desse novo Direito Penal – voltado à prevenção de riscos decorrentes das atividades empresariais – para a defesa de bens jurídicos supraindividuais, como o meio ambiente, as relações de consumo, a probidade administrativa, a ordem econômica e financeira, entre outros, por meio da já aludida imposição de deveres prévios e positivos aos agentes econômicos. Este novo olhar do sistema penal agrega à faceta de repressão a bens jurídicos preponderantemente individuais um viés de tutela penal coletiva (o que pode ser desenvolvido no bojo dos acordos processuais, como se verá), desafiando uma adaptação de seus elementos tradicionais para proteger de forma efetiva bens jurídicos cada vez mais complexos, transversais e de grande impacto social.

Cumprе ressaltar que a tutela penal de bens coletivos gera novos desafios para a dogmática penal tradicional, já que os danos decorrentes do exercício das atividades empresariais (sobretudo dos grandes agentes econômicos), quando ofendem determinados bens jurídicos supraindividuais, podem resultar em violações tão complexas, multiníveis e com profundo impacto social, que os meios normalmente postos à disposição do Direito Penal possivelmente não alcançarão um enfrentamento eficaz da contenção do dano, na punição dos envolvidos e na prevenção de novos ilícitos da mesma espécie.

.....

3 Alguns autores referem-se ao *compliance* como um fenômeno que não seria absolutamente novo, mas um certo modismo coberto de distorções técnicas e terminológicas, que pode ter como real função conferir um escudo à empresa em face de potencial responsabilização criminal e, ainda, criar centros de responsabilização (a exemplo dos *compliance officers*) que protejam sócios e diretores. Cf. KUHLEN, 2014. p. 89-91. No mesmo sentido, afirma Paulo Busato (2018. p. 23). Numa postura contrária às práticas de autorregulação, Shünemann (1994, p. 319) afirma que tal prática poderia expor a risco bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, sob o argumento de que a própria empresa regulamenta as medidas que podem ser adotadas quanto aos riscos que ela mesmo cria ou incrementa em decorrência de sua atividade.

Uma das possibilidades de aprimoramento do sistema penal consiste em buscar agregar aos mecanismos de prevenção criminal das atividades de risco, normalmente consubstanciados na criação de robustos programas de cumprimento normativo, elementos teóricos e práticos de outra esfera do conhecimento jurídico destinados exclusivamente a proporcionar uma melhor tutela (sistêmica) dos danos coletivos e dos desafios procedimentais que deles decorrem, o que será analisado no próximo capítulo.

3. TEORIA DA DECISÃO E DO PROCESSO ESTRUTURAL: ELEMENTOS BÁSICOS DE UM PROCESSO PLURAL E MULTIFACETADO

Como anunciado no capítulo anterior, a dinamicidade e a pluralidade, marcas da sociedade pós-moderna, podem ser consideradas causas do surgimento de novas espécies de conflitos (com repercussões penais e extrapenais), marcados pela complexidade e por seu caráter multifacetado. A sociedade de risco e os conflitos de massa trouxeram ao mundo jurídico a necessidade de buscar uma nova forma de tutelar, dentro e fora dos processos, os litígios que delas decorrem.

Nesse sentido, tais tipos de conflito geraram o estudo dos chamados processos estruturais, a fim de delinear os seus contornos jurídicos e elencar as especificidades da tutela desses tipos de direitos⁴.

Ao longo deste capítulo, será analisada a teoria da decisão e do processo estrutural, visando anunciar seus aspectos históricos e conceituais, seus elementos e suas especificidades, com vistas a, num momento posterior, utilizar algumas de suas características para sugerir adaptações aos programas de cumprimento normativo que os tornem aptos a prevenir, de modo mais eficaz, os riscos de danos a bens jurídicos supraindividuais, em decorrência do exercício da atividade empresarial.

No que tange ao marco histórico dos processos estruturais, a doutrina costuma considerar como *leading case* o caso *Brown Vs. Board Education*⁵, julgado pela Suprema Corte Americana em 1954. Em tal caso paradigma, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da vedação da admissão de estudantes nas escolas públicas americanas com base no critério racial, determinando que fossem aceitas as matrículas de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à formação educacional de brancos.

Após o julgamento dessa demanda, inicialmente de natureza individual, sucedeu uma série de mudanças no sistema público de educação nos Estados Unidos, com o surgimento da denominada *structural reform*.

4 Para além das importantes obras brasileiras citadas ao logo deste trabalho, cumpre ressaltar como importante referencial teórico, nos Estados Unidos da América, os trabalhos desenvolvidos por Owen Fiss e Stephen Rushin. Neste sentido, ver: FISS, 1979, p. 1-58; e RUSHIN, 2016, p. 113-141.

5 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 483, 1954.

Sobre a importância do caso para o surgimento da categoria dos processos estruturantes, Owen Fiss (2008, p. 761) destaca:

O sistema de ensino público foi o objeto do caso Brown, mas com o tempo as reformas estruturais foram alargadas para incluir a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental, autoridades públicas de auxílio à moradia e agências de bem-estar social.

Sobre o conceito de decisão estrutural, pode-se afirmar que a “decisão estrutural (*structural injunction*) é aquela que busca implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) de um ente, organização ou uma instituição”, possuindo como objetivo principal “concretizar um direito fundamental, realizar determinada política pública ou resolver litígios complexos” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2021, p. 3).

Ainda sobre esse aspecto conceitual, cabe destacar que o processo estrutural é coletivo, “no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI, 2018, p. 333-369).

Sob essa mesma ótica, o processo estrutural veicula o que se denomina “litígios irradiados” (VITORELLI, 2015), que se referem a um tipo de conflito em que a lesão causa efeitos múltiplos e variados numa sociedade marcada por setores sociais com interesses distintos⁶.

Nesse tipo de litígio, pode-se enquadrar o processo estrutural, já que este normalmente veicula conflitos multipolares, de grande complexidade, em que o objetivo é a promoção de determinados valores pela via jurisdicional, pela transformação de uma determinada instituição. Tem como consequência uma profunda reorganização de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes. Neste tipo de processo, “a decisão estrutural não estrutura, mas sim reestrutura o que estava desorganizado” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2021, p. 432).

Trazidas as bases conceituais, cumpre mencionar as principais características do processo estrutural: a) a discussão de um problema estrutural, de natureza multipolar e com elevada complexidade; b) a busca pela transição de um estado de coisas real para o ideal; c) o desenvolvimento de um procedimento bifásico, com o reconhecimento e a definição do problema, para então, num segundo momento, estabelecer um programa de reestruturação a ser seguido; d) o desenvolvimento de um modelo de procedimento marcado pela flexibilidade e pela consensualidade, inclusive com a adaptação do processo.

6 Sobre as eventuais semelhanças e diferenças semânticas em relação às chamadas *class actions*, ver: TIDMAERSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H., 2002. Para eles, o litígio complexo, para além de uma definição estanque, são aqueles que demandam uma atuação diferenciada do Poder Judiciário, distinta do que se espera quando da análise de um procedimento “trivial”.

Já no que se refere ao estudo dos aspectos procedimentais relativos à categoria jurídica dos processos estruturantes, cabe destacar, inicialmente, a necessidade de abandonar a lógica individualista e liberal do “processo tradicional” e pensar num modelo de processo que possa albergar litígios multidimensionais, plurais e com alta complexidade. Lon Fuller (1978, p. 398) adverte que tais conflitos não podem ser solucionados pelas ferramentas tradicionais à disposição do Poder Judiciário. É preciso olhar os processos estruturais sob lentes distintas.

Um primeiro ponto que merece destaque refere-se à forma e ao conteúdo da decisão a ser proferida neste tipo de demanda: a decisão estruturante possuirá um conteúdo complexo, pois o dispositivo costuma indicar um resultado a ser alcançado (uma meta ou objetivo), assumindo a estrutura de uma norma-princípio, visando à promoção de um estado de coisas ideal.

Da mesma forma, a execução de sentença igualmente possui caráter aberto, sendo permanentemente monitorada. Fala-se, portanto, numa execução com alta carga cognitiva, haja vista que a reestruturação demanda a existência de vários ciclos de decisões, o que se denomina de técnica de “decisões em cascata” (ARENHART, 2013, p. 400).

O que se verifica no processo estrutural, para além das peculiaridades apontadas quanto à decisão e sua execução, é que todo o modelo de processo civil (e outros sistemas normativos, como se verá nos próximos capítulos) precisa se adequar a uma eficiente tutela dos litígios estruturais, adequação esta que pode ser realizada utilizando-se o instrumental técnico-jurídico contido no Código de Processo Civil e no denominado microsistema de tutela coletiva, no que se passou a chamar de Processo Civil de Interesse Público (*Public Interest Litigation*) (CUMMINGS; RHODE, 2009).

Para tanto, torna-se imperativa a relativização das noções estáticas do processo civil, como a dos elementos da ação, da estabilização da demanda e da coisa julgada. Ademais, o processo estruturante também demanda uma releitura da noção de separação de funções estatais e da regra da congruência. Indo além e pensando em sua aplicação ao processo penal, há que se redimensionar a tradicional rigidez dos procedimentos e a eventual inadequação processual de execuções penais prolongadas e multifásicas.

O modelo processual a ser adotado, justamente pela especial característica do litígio que veicula, exige uma flexibilização intrínseca, com forte presença da consensualidade.

De forma resumida, podem-se apontar como características procedimentais dos processos estruturantes: a) a aplicação de um procedimento bifásico, utilizando-se o modelo do processo falimentar brasileiro; b) a aplicação de técnicas flexibilizadoras, como a que atenua as regras de congruência objetiva e a da estabilização da demanda; c) a utilização de um contraditório alargado; d) a ampliação do regime de participação no processo; e) a atipicidade dos meios de prova, das medidas executivas e dos instrumentos de cooperação judiciária; e) a utilização dos negócios jurídicos processuais.

Após uma análise do processo e da decisão estrutural, e em atenção ao objetivo deste trabalho, merecem destaque duas das características procedimentais acima apontadas: a ideia de ampliação do regime de participação do processo e a da ampla utilização de negócios jurídicos processuais.

A complexidade e o caráter multifacetado que normalmente marcam os processos estruturais, bem como o fato de que as decisões neles proferidas têm potencial de alcance de um número significativo de pessoas, faz com que haja a necessidade de se pensar em novas formas de participação de sujeitos no processo, a exemplo da admissão de *amici curiae* e da designação de audiências públicas.

Deve-se pensar, portanto, em modelos de participação no processo que possam conferir uma razoável representatividade das camadas sociais potencialmente afetadas pela decisão, a fim de alcançar um efetivo poder de influência. As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir a participação ampla nos processos estruturais, seja pelo déficit de representatividade dos setores atingidos pela decisão, seja pela desconsideração de suas pretensões na *ratio decidendi*.

Em atenção a uma maior abertura do processo à intervenção de terceiros, a celebração de negócios jurídicos processuais (penais e extrapenais) pode ser de extrema importância para a estruturação dos processos. Tal afirmação se faz porque, possuindo o litígio estrutural um feixe de sujeitos ou classes interessadas, e por envolver profundas reformas na organicidade de um determinado ente ou órgão, o negócio jurídico-processual (e sua intrínseca consensualidade e cooperação) configura um relevante mecanismo na construção de um processo colaborativo e na busca de uma execução negociada e “possível”.

Uma vez realizada uma abordagem, ainda que concisa, dos elementos teóricos do processo e decisão estruturais, cabe ressaltar que, na medida em que a violação a bens jurídicos supraindividuais – que normalmente constituem os chamados litígios irradiados e complexos – também gera repercussões penais, abre-se a possibilidade de estudar de que forma tal fenômeno jurídico-processual fornece ao Direito Penal ferramentas para uma melhor prevenção dos litígios, mormente por programas de cumprimento normativo, nova aposta da política criminal para a contenção dos riscos.

4. COMPLIANCE ESTRUTURAL: A PREVENÇÃO CRIMINAL POR MEIO DA IMPLEMENTAÇÃO DE TÉCNICAS ESTRUTURAIS

A inefetividade do sistema penal para proporcionar uma tutela adequada de determinada categoria de delitos praticados pelos entes coletivos, que em parte justificou um movimento de prevenção penal compartilhada (privatização da prevenção criminal) – instrumentalizado pela imposição de deveres positivos a tais sujeitos –, faz com que o compliance, com sua natural vocação preventiva, assegure maior robustez com a incorporação de novos elementos teóricos e práticos.

Com essa constatação, e assumindo como premissa que o microssistema de tutela coletiva tem proporcionado mais efetividade na tutela de danos complexos (com claras repercussões penais), por que não alimentar o Direito e o Processo Penal com tais técnicas?

Por serem os programas de *compliance* as principais ferramentas instrumentaliza-doras da nova política criminal de prevenção de ilícitos praticados pelos entes coletivos, não há razão para que estes não sejam os instrumentos mais adequados para a incorporação de técnicas estruturantes que possibilitem uma função transcendental e multinível do tratamento do conflito, sem que haja necessidade de se alterar a rígida estrutura do proces-so penal.

Isso porque, em primeiro lugar, os programas de cumprimento normativo possuem, em sua natureza, estruturação e regulamentação sistêmica baseada na gestão de riscos, elaboração de códigos de conduta, transparência, responsabilização e monitoração constantes⁷, o que facilita a alocação de técnicas estruturantes de acordo com o objetivo que se quer alcançar e com a natureza da atividade do ente coletivo.

Em segundo lugar, a tradicional rigidez do processo penal, com normas cogentes e procedimentos inflexíveis, com baixa maleabilidade, inviabiliza a tutela efetiva de ilícitos penais multipolares, complexos e fragmentados, de forma que o *compliance* estruturante é a alternativa que traz mais eficácia à prevenção criminal, sem demandar uma profunda reforma legislativa do sistema.

Mediante um *compliance* estruturante, buscar-se-ia a superação dos problemas de efetividade mais comuns na tutela penal dos ilícitos criminais corporativos, a exemplo da rigidez no cumprimento dos prazos, sem um acompanhamento/monitoramento periódico; a baixa participação popular, que gera descompasso entre as ações adotadas e as expectativas das vítimas; a execução isolada de medidas referentes a bens jurídicos distintos (tutela de bens jurídicos entrelaçados por meio de ações e processos separados); e a pouca flexibilidade na fase executiva.

Embora haja a possibilidade (em alguns ordenamentos jurídicos) de determinação judicial, no bojo de uma sentença penal, da obrigatoriedade de implantação ou reformulação de um programa de cumprimento normativo por parte de uma empresa⁸, fato é que a execução negociada, a técnica de decisões

.....

7 Para ilustrar os elementos que normalmente compõem os programas de cumprimento normativo, veja-se, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 109-E/2021, que criou o Mecanismo Nacional Anticorrupção e estabeleceu o regime geral de prevenção da corrupção, em que constam os elementos dos programas de cumprimento normativo por meio de seu artigo 5º. Cf. PORTUGAL, 2021. Já no Brasil, o Decreto n.º 11.529/2023 instituiu o Sistema de Integridade, Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal. Cf. BRASIL, 2023. E o Decreto n.º 11.129, que regulamentou a Lei Anticorrupção, também traz os elementos nucleares dos programas de *compliance*. Cf. BRASIL, 2022. Por fim, as ISO 31000 e 37301 constituem normas técnicas internacionais que orientam os elementos da gestão de riscos e a normatização dos programas de cumprimento normativo dentro das empresas. Cf. ABNT, 2009 e ABNT, 2014.

8 O Código Penal Português, por exemplo, prevê, em seu artigo 90-A, a possibilidade de aplicação, quando da prolação da sentença, de pena acessória consistente na obrigatoriedade de implementação de programa de cumprimento normativo por parte do ente coletivo condenado, por injunção judiciária. Cf. PORTUGAL, 1995.

escalonadas e a abertura do conflito para construções consensuais, características dos processos estruturantes, encontrariam dificuldades para serem inseridas no bojo deste tipo de provimento jurisdicional⁹.

Por essa razão, os mecanismos de diversão no Direito e no Processo Penal (e sua estruturação favorável ao consenso e à abertura do conflito para além da dimensão subjetiva tradicional) proporcionariam um incremento na prevenção de ilícitos criminais e na contenção de danos complexos (com tendência de permanência).

A proposição deste trabalho, com o fito de concretizar a ideia proposta ao longo dos capítulos, consiste na sistematização de um verdadeiro *compliance* estruturante, estabelecendo um processo negocial entre as autoridades, as empresas e a sociedade em geral, e “buscando um equilíbrio entre o pressuposto punitivo (incluindo a reabilitação através de reformas corporativas estruturais), o ressarcimento pelos danos causados e a manutenção da atividade econômica” (GOMES, 2020, p. 50).

Nessa ideia, uma primeira possibilidade seria a adoção como técnica nuclear e permanente do sistema de *compliance* estruturante das assessorias técnicas independentes já na atividade regular dos programas de cumprimento normativo, como forma de integração entre o público e o privado.

Isso implica que, no caso de entes coletivos cuja atividade coloque permanentemente em risco bens jurídicos de natureza supraindividuais (podem-se citar como exemplos as mineradoras, as grandes construtoras e as exploradoras de outras matérias-primas), o próprio programa de *compliance* da empresa deve prever a existência de uma assessoria técnica independente (eleita pelos afetados e custeada pelo próprio ente) que acompanhe todas as etapas da ação do ente coletivo (planejamento, execução e monitoramento), viabilizando uma prevenção criminal mais eficaz.

Outra técnica a ser incorporada consiste numa maior participação popular nas matrizes de risco desses entes coletivos. Isso porque, se a atividade exercida pela empresa promove profundas alterações em bens jurídicos sensíveis, de natureza coletiva e de grande impacto social, deve-se abrir espaço à sociedade afetada para discutir (ou, pelo menos, ter maior conhecimento) a forma como a entidade identifica os riscos inerentes à sua atividade e empreende esforços para eliminá-los ou mitigá-los. Portanto, uma matriz de riscos negociada ou publicizada pode fazer com que se previnam danos com repercussão criminal, trazendo os *stakeholders* para uma atuação que normalmente se efetiva somente após a ocorrência do ilícito.

Por fim, em casos pontuais de atividades com grande intervenção na dinâmica social e com ele-

9 Nos Estados Unidos, o caso Enron centralizou o debate sobre os efeitos colaterais econômicos, sociais e reputacionais das empresas em face de condenação por crimes econômicos. A partir daí, iniciou-se uma reformulação nos *non prosecution agreement*, *deferred prosecution agreement* e nos *plea bargainings*, proporcionando um sistema punitivo mais voltado às restituições e multas, ao reforço dos programas de cumprimento normativo e à reparação dos danos às vítimas. Cumpre ressaltar que tais alterações não se deram pela via legislativa, mas por mudança nas *guidelines* do *Department of Justice* (DOJ). Para mais detalhes sobre esse fenômeno, ver: WRAY; HUR, 2006. p. 1095 e ss.

vado potencial de dano a diversos bens jurídicos, a exemplo das empresas mineradoras, petroleiras e exploradoras de recursos naturais, eventual acordo processual decorrente de determinado ilícito criminal causador de danos multifacetados pode incluir a criação de uma sociedade de propósitos específicos, composta pela empresa, órgãos públicos reguladores e assessorias técnicas independentes, para a integração da tutela destes conflitos multiníveis.

Assim, um *compliance* de natureza estruturante, com a aplicação de técnicas dialógicas de tutela de conflitos complexos e com o uso dos meios de participação popular como vetores de monitoramento e controle dos riscos empresariais, pode contribuir para uma maior efetividade do sistema penal e, por meio de acordos processuais, proporcionar uma prevenção criminal mais efetiva nos ilícitos corporativos e empresariais.

Cumpra observar, por fim, que um *compliance* estruturante se correlaciona diretamente com a chamada justiça restaurativa empresarial, já que ambos privilegiam a autorregulação e a solução de conflitos mediante a persuasão, em um procedimento dialógico e não adversarial. Nesse ínterim, a justiça restaurativa empresarial, que tem sido utilizada preponderantemente em ilícitos econômicos e ambientais, pode encontrar nos programas de *compliance* não somente um exemplo de sistema de autorregulação regulada, mas igualmente um meio de inserção de técnicas restaurativas no bojo de seus elementos estruturais básicos¹⁰.

5. CONCLUSÃO

A tutela penal de bens coletivos gera novos desafios para a dogmática penal tradicional, já que os danos decorrentes do exercício das atividades empresariais, quando ofendem determinados bens jurídicos supraindividuais, podem resultar em violações tão complexas, multiníveis e com profundo impacto social, que os meios normalmente postos à disposição do Direito Penal possivelmente não alcançarão um enfrentamento eficaz da contenção do dano, na punição dos envolvidos e na prevenção de novos ilícitos da mesma espécie.

Uma das possibilidades de aprimoramento do sistema penal consiste em agregar aos mecanismos de prevenção criminal das atividades de risco, normalmente consubstanciados na criação de robustos programas de cumprimento normativo, elementos teóricos e práticos de outra esfera do conhecimento jurídico destinados exclusivamente a proporcionar uma melhor tutela (sistêmica) dos danos coletivos e dos desafios procedimentais que deles decorrem, motivo por que se expuseram, ao longo deste trabalho, as principais características da teoria da decisão e do processo estruturante.

10 Sobre a justiça restaurativa empresarial, dentre a vasta literatura que explora o tema, destacamos: NIETO MARTÍN; CALVO SOLER, 2016; KRISBERG, 2002; SHAPLAND; ROBINSON; SORSBY, 2011; PALERMO, 2016.

Uma vez que a violação a bens jurídicos supraindividuais – que normalmente constituem os chamados litígios irradiados e complexos – também gera repercussões penais, abre-se a possibilidade de se analisar de que forma tal fenômeno jurídico-processual faculta ao Direito Penal ferramentas para uma melhor prevenção dos litígios, mormente por programas de cumprimento normativo, nova aposta da política criminal para a contenção dos riscos.

A tutela de natureza estruturante de ilícitos (com repercussão criminal) causadores de danos complexos e transversais encontra no seu modelo negociado um ambiente favorável (sobretudo diante da inefetividade, nesses casos específicos, da tutela penal “tradicional”) para uma atuação prospectiva e multinível, permitindo a inserção de medidas pre-ventivas mais eficazes, a exemplo da imposição às empresas de mecanismos específicos a serem inseridos nos programas de cumprimento normativo.

A natureza peculiar e complexa dos ilícitos criminais de natureza supraindividual cometidos pelos entes coletivos reclama a busca por “soluções sancionatórias inovadoras que, de fato, realizem a punição (especialmente os elementos da reabilitação e intimidação), sem deixar de lado a necessária transformação da cultura corporativa através de estímulos regulatórios” (GOMES, 2020, p. 52).

Partindo dessa ideia, revela-se incongruente que técnicas estruturantes e todo o seu potencial de tutela do conflito complexo sejam utilizados somente na tutela coletiva extrapenal e, mais do que isso, quando o dano (crime) já ocorreu, motivo pelo qual devem ser inseridas sobretudo na atividade de prevenção criminal compartilhada.

Isso porque, em primeiro lugar, os programas de cumprimento normativo possuem, em sua natureza, uma estruturação e uma regulamentação sistêmica baseadas na gestão de riscos, na elaboração de códigos de conduta, na transparência, responsabilização e monitoração constantes, o que facilita a alocação de técnicas estruturantes de acordo com o objetivo que se quer alcançar e com a natureza da atividade do ente coletivo.

Em segundo lugar, a tradicional rigidez do processo penal, com normas cogentes, procedimentos inflexíveis e baixa maleabilidade, inviabiliza a tutela efetiva de ilícitos penais multipolares, complexos e fragmentados, de forma que o *compliance* estruturante é uma alternativa que traz mais eficácia à prevenção criminal, sem demandar uma profunda reforma legislativa do sistema.

Pela sistematização de técnicas estruturantes nos programas de cumprimento normativo de determinadas empresas, como a gestão compartilhada de riscos, a incorporação permanente de assessorias técnicas independentes e um monitoramento multinível, torna-se possível conferir uma função transcendente aos acordos processuais penais, na busca pela prevenção mais efetiva dos ilícitos criminais empresariais, com todas as suas peculiaridades já expostas neste texto, fazendo da justiça penal negociada, por meio dos programas de *compliance*, uma alternativa para a efetivação de um novo modelo de política criminal baseado no risco-atividade.

REFERÊNCIAS

- AA, VV. **La mediazione dei conflitti ambientali**. Centro Studi Federico Stella sulla Giustizia Penale, 2016.
- ABNT. **Gestão de Riscos – Princípios e diretrizes**. NBR ISO 31000. Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2009.
- ABNT. **Sistemas de gestão de compliance – Requisitos com orientação para uso**. NBR 37301. Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2014.
- ARENHART, Sergio. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**. Volume 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. Enforced Self-Regulation. *In: Responsive Regulation*. Transcending the Deregulation Debate. New York: Oxford University Press, 1992.
- BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#art70>. Acesso em: 30 ago. 2024.
- BRASIL. **Decreto nº 11.529/2023, de 16 de maio de 2023**. Institui o Sistema de Integridade, Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal e a Política de Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/____/Ato2023-2026/2023/Decreto/D11529.htm>. Acesso em: 30 ago. 2024.
- BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre criminal *compliance*. *In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (coord.). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.
- CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. *Public Interest Litigation: insights from theory and practice*. Volume 26. Fordham Urban Journal, 2009.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao processo civil brasileiro. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ERP, Judith van. O papel dos atores privados na regulação e aplicação das normas contra o dano ambiental causado pelas empresas. Volume 15, n.º 1, fevereiro. **Revista Electrónica de Direito**, 2018.

FISS, Owen. The Supreme Court. 1978 Term. **Foreword**: Forms of Justice. Volume 93. Harvard Law Review, 1979.

FISS, Owen. Two models of adjudication. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

FULLER, Lon L. **The Forms and Limits of Adjudication**. Volume 92, n.º 2. Harvard Law Review, 1978.

GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos. *In*: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). **Estudos de Compliance Criminal**. Porto Alegre: Fi, 2020.

KRISBERG, L. **Constructive Conflicts**: From Escalation to Resolution. 2. ed. Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

KUHLEN, Lothar. *compliance* y Derecho penal en Alemania. *In*: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Victor Gómez (dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de Cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. **Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación**: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, n.º 5, 2008. p. 3-4. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397>. Acesso em: 14 fev. 2024.

NIETO MARTÍN, Adán; CALVO SOLER, Raúl (org.). **Justicia restaurativa empresarial**. Um modelo para armar. Madri: Editorial Reus, 2023.

PALERMO, Pablo Galain. **Justicia Restaurativa y Sistema Penal** ¿Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la Justicia Penal? Universidad Católica del Uruguay/OLAP, Montevideo, 2016.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 109-E/2021**. Cria o Mecanismo Nacional Anticorrupção e estabelece o regime geral de prevenção da corrupção. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcgclefindmkaj/https://files.dre.pt/1s/2021/12/23701/0001900042.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2024.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 48/95**. Código Penal Português. Disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>. Acesso em: 30 ago. 2024.

RUSHIN, Stephen. **Competing Case Studies of Structural reform Litigation in American Police Departments**. Ohio State Law Journal of Criminal Law, volume 14. 2016.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHÜNEMANN, Berdn. Las reglas de la técnica em Derecho penal. *In: Anuario de derecho penal y ciencias penale*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 47. 1994. p. 319. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46462>>. Acesso em: 14 fev. 2024.

SHAPLAND, J.; ROBINSON, G.; SORSBY, A. **Restorative Justice in Practice**: Evaluating what works for victims and offenders. Abingdon: Oxon. Routledge, 2011.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. **Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal**: da sociedade disciplinar à sociedade do controle. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, volume 4, n.º 1. 2018.

TIDMAERSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. **Complex litigation**: problems in advance civil procedure. Nova York: Foundation Press, 2002.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de processo**, volume 284. 2018. p. 333-369.

VITORELLI, Edilson. **Tipologia dos litígios**: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Revista de Processo: RePro. São Paulo, 2015.

WEIBLEN, Fabrício Pinto. *compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica: aplicabilidade e função no direito português, à luz do direito comparado. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n.º 88**, abr./jun. 2023.

WRAY, Christopher A.; HUR, Robert K. Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: The Thompson memo in theory and practice. **American Criminal Law Review**, 45, 2006.

SOBRE O AUTOR

Bruno de Souza Martins Baptista: Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pelo Cesmac – Centro Universitário de Maceió. Especialista em Compliance para a Prevenção da Corrupção pela NOVA School of Law. Especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)/MG. Promotor de Justiça e Coordenador do Núcleo de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Alagoas. Coordenador do Fórum de Combate à Corrupção do Estado de Alagoas (FOCCO).

FISCALIZAÇÃO DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

MONITORING OF INTEGRITY PROGRAMS BY CONTROL AGENCIES

Mariana Peisino do Amaral

Resumo: O presente estudo tem como foco a importância da efetividade e da fiscalização dos programas de integridade. Parte-se do ponto de que o direito anticorrupção constitui um direito fundamental; não apenas um direito autônomo, mas também um meio para garantir a efetivação de outros direitos fundamentais. Trouxe-se à reflexão o fato de que a corrupção não é um fenômeno local, mas sim transnacional, e que afeta de forma nociva as sociedades e economias mundiais. Diante disso, constatou-se um movimento de ampliação da consciência em relação à necessidade de enfrentamento da corrupção, por meio de normas internas e tratados internacionais, passando-se a prestigiar mecanismos de combate à corrupção e de integridade. Surgem então os programas de integridade como uma ferramenta garantidora da efetivação dos direitos e do cumprimento dos deveres inerentes a cada um dos atores da vida em sociedade. O problema centrou-se em verificar, considerando os programas de integridade como instrumentos para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, a necessidade de legislação que defina de forma clara e objetiva o conteúdo imprescindível aos programas de integridade, os instrumentos que garantam sua plena efetividade, a obrigatoriedade na implantação, bem como a identificação dos agentes responsáveis pela fiscalização da sua eficácia.

Palavras-chave: Direito fundamental anticorrupção. Integridade. Programas de integridade. Efetividade. Fiscalização.

Abstract: *This study focused on the importance of the effectiveness and oversight of integrity programs. We assume that anti-corruption law constitutes a fundamental right; not only a stand-alone right, but also a means to ensure the enforcement of other fundamental rights. We reflected on the fact that corruption is not a local phenomenon, but rather a transnational one, and that it negatively impacts global societies and economies. In light of this, there has been a growing awareness of the need to combat corruption through internal regulations and international treaties, leading to a greater emphasis on anti-corruption and integrity mechanisms. Integrity programs then emerge as a tool to guarantee the realization of rights and the fulfillment of duties inherent to each of the actors in society. The problem focused on verifying, considering integrity programs as instruments to ensure compliance with citizens' fundamental rights, the need for legislation that clearly and objectively defines the essential content of integrity programs, the instruments that guarantee their full effectiveness, the mandatory nature of their implementation, as well as the identification of the agents responsible for monitoring their effectiveness.*

Keywords: *Fundamental anti-corruption right. Integrity. Integrity programs. Effectiveness. Oversight.*

Sumário: 1. Direito anticorrupção como direito fundamental 2. O combate à corrupção e a Integridade. 3. Programas de integridade e sua fiscalização.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização evidenciou um mal que assola diversos países em todo o mundo: a corrupção, que, elevada a níveis transnacionais, afeta amplamente as sociedades e economias de forma nociva e influencia o desenvolvimento, violando diretamente o direito fundamental anticorrupção e, por sua transversalidade, maculando e vulnerando também outros direitos fundamentais estruturantes do Estado.

Nesse cenário, ampliou-se a consciência mundial em relação à necessidade de enfrentamento da corrupção, por meio de um movimento que contemplou diversas medidas em âmbito nacional e internacional, entre as quais está o incentivo à implantação de programas de integridade, que possuem um papel instrumental no cumprimento de direitos fundamentais dos cidadãos e deveres fundamentais do Estado, prevenindo, detectando, punindo e remediando irregularidades, fraudes, corrupção e desvios de conduta.

No Brasil, o ordenamento jurídico atual define apenas padrões gerais de integridade, com lacunas e subjetividades que dificultam a efetividade e a fiscalização desses programas. Com efeito, importante se torna a análise acerca da necessidade de uma construção legislativa no direito brasileiro, no sentido de fortalecer a integridade e a transparência tanto no setor público quanto no privado, assegurando, assim, o respeito aos direitos, deveres e garantias fundamentais dos cidadãos e à integridade, para que sejam estabelecidas normas que definam de forma clara e objetiva a quem compete a fiscalização dos programas de integridade e quais são os critérios objetivos para a avaliação da sua efetividade.

1. DIREITO ANTICORRUPÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Embora não esteja explicitamente previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito autônomo, a concepção de um direito fundamental anticorrupção emerge da interpretação sistemática de vários dispositivos constitucionais e das obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida). O próprio texto constitucional, em seu art. 5º, § 2º, considera expressamente que o rol de direitos fundamentais ali previstos não é taxativo, podendo existir direitos fundamentais implícitos. Vejamos:

Art. 5º [...]

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por meio do referido dispositivo, resta clara a característica de não taxatividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, permitindo que novos direitos sejam reconhecidos e incorporados ao ordenamento jurídico, por meio de mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais que marcam a evolução da sociedade. Dessa forma, a cláusula aberta dos direitos fundamentais assegura a atualização contínua do ordenamento, fortalecendo a proteção dos indivíduos e ampliando o alcance dos valores constitucionais.

Assim, temos que o direito anticorrupção se encontra previsto no texto constitucional, de forma implícita, por meio de normas voltadas à prevenção e à repressão da corrupção, tais como os art. 14, § 10, 37, *caput* e §§ 1º e 4º, bem como o art. 5º, inciso LXXIII, entre outros, tendo a moralidade, a legalidade, a eficiência administrativa, a dignidade da pessoa humana e a igualdade como pontos de partida para a legitimação desse direito. Estando esses dispositivos no corpo constitucional e alguns positivados especificamente no rol dos direitos fundamentais, como consequência lógica, podemos afirmar que o direito anticorrupção é um direito fundamental.

De outra banda, há uma corrente entre os estudiosos que defendem que o “direito fundamental anticorrupção” não deve ser considerado um direito fundamental por si só, mas sim um meio para garantir a proteção de outros direitos fundamentais. Porém, como não reconhecer a natureza jusfundamental de um direito que promove a integridade, a transparência e a responsabilidade nos setores público e privado, que são essenciais para a garantia de outros direitos fundamentais e, ainda, que possui as mesmas características dos outros direitos fundamentais? Nesse sentido, são precisas as palavras de Igor Pinheiro (2022, p. 27):

Pois bem, diante de tudo o que foi exposto, percebe-se claramente que o fenômeno da corrupção macula e vulnera, a um só tempo, direitos fundamentais clássicos e elementos estruturantes do Estado. Exatamente por isso, verifica-se o surgimento da teoria do direito fundamental anticorrupção, segundo a qual o regime transnacional anticorrupção, que serve como fonte de criação ou legitimação das normas internas de cada país nessa área, ostenta caráter jusfundamental, uma vez que ele, além de funcionar como ferramenta voltada para a efetividade e implantação dos direitos fundamentais clássicos, possui as características inerentes àquela categoria jurídica (universalidade, indivisibilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, historicidade), inclusive quanto à cláusula da proibição de retrocesso.

Assim, embora o direito anticorrupção não esteja expressamente listado no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, ele encontra respaldo no próprio texto constitucional, por meio de

normas direcionadas à prevenção e repressão da corrupção, o que autoriza seu reconhecimento como um verdadeiro direito fundamental.

Por outro lado, o direito fundamental anticorrupção apresenta-se de forma explícita em normas infraconstitucionais e compromissos internacionais plenamente aplicáveis, constituindo uma garantia híbrida, cujo reconhecimento prescinde de uma interpretação ampla, pela combinação de princípios constitucionais e dispositivos legais.

Assim, as legislações específicas voltadas ao combate à corrupção formam o conjunto de normas e princípios jurídicos que, coletivamente, pode ser denominado de “direito fundamental anticorrupção”, e que hoje constitui um movimento mundial, cujo objetivo é a promoção da ética, da transparência e da responsabilidade em ambientes públicos e privados.

2. O COMBATE À CORRUPÇÃO E A INTEGRIDADE

Notadamente, o aumento da corrupção no cenário mundial teve destaque desde a intensificação das operações mercantis no século XX, impulsionadas pela globalização, que evidenciou a prática de subornos e corrupção, muitas vezes envolvendo empresas multinacionais e governos estrangeiros, contribuindo sobremaneira para a proliferação da corrupção e para suas consequências negativas sobre o desenvolvimento econômico e as relações comerciais internacionais.

Em relação aos países em desenvolvimento, o aumento das transações internacionais também se apresentou como um elemento estimulador da corrupção, na medida em que passou a realçar as desigualdades de ordem econômica, social e cultural desses países, criando campo propício ao oferecimento e à consequente aceitação de vantagens indevidas, prejudicando o avanço econômico e comprometendo a gestão pública.

Portanto, a corrupção transpõe os limites territoriais de um país ou de um grupo de países e alcança escala mundial, afetando amplamente as sociedades e economias em todo o mundo. Todo esse processo de contaminação dos países pela corrupção constitui grande nocividade, pois sua natureza multidisciplinar afeta negativamente diversos aspectos, como o econômico (sistema financeiro), o social (políticas públicas), o político (Administração Pública) e o cultural (relações privadas). Por ser amplo seu espectro de incidência, pode-se admitir que a corrupção consiste em um fenômeno capaz de influenciar até mesmo o desenvolvimento econômico e social de todo um país.

Diante disso, surgiu a necessidade de coibir esse fenômeno nocivo, e diversas medidas de cooperação internacional foram adotadas, por meio de convenções e tratados que buscaram tratar a corrupção de forma abrangente, indo além da mera punição, mas também com o objetivo de evitar sua ocorrência.

Nesse cenário, a integridade apresenta-se como um importante instrumento de combate à corrupção.

Em sua origem, o termo integridade deriva do latim *integer*, que significa inteiro, traduzindo-se em honestidade, em um comportamento eticamente correto. Na contemporaneidade, a integridade tem ganhado mais espaço e destaque nas organizações públicas e privadas, uma vez que a necessidade de comportamentos éticos na administração e nas operações empresariais tem se tornado cada dia mais evidente.

Um exemplo disso na legislação brasileira é a Lei n.º 10.683 de 2003, que instituiu a Controladoria-Geral da União (CGU) e atribuiu ao referido órgão, entre as suas funções, a prevenção e o combate à corrupção por meio da construção de políticas de integridade.

Merece destaque também a Lei n.º 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que trata da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por prática de atos contra a Administração Pública e que trouxe expressamente em seu art. 7º, inciso VIII, a possibilidade de serem considerados, no momento da aplicação de eventuais sanções, os mecanismos e procedimentos internos voltados à integridade.

A partir daí, foi editado o Decreto n.º 8.420, de 2015, posteriormente revogado pelo Decreto n.º 11.129, de 2022, que regulamentou a Lei n.º 12.846/2013 e trouxe, de forma pioneira, a definição do que seria um programa de integridade.

3. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E SUA FISCALIZAÇÃO

Em seu artigo 41, o revogado Decreto n.º 8.420 trouxe o conceito, os parâmetros e os mecanismos de avaliação dos programas de integridade. No atual Decreto n.º 11.129/2022, essas disposições foram replicadas. Veja-se:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no 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:

Ou seja, no Brasil, consolidou-se a concepção de que um programa de integridade deve reunir mecanismos e procedimentos internos destinados à construção de um ambiente ético, sustentado por estruturas de auditorias, de estímulo à denúncia de irregularidades e aplicação, de forma eficaz, de códigos de ética e conduta, garantindo assim uma atuação pautada na autorregulação efetiva.

Nos últimos anos, diversos órgãos públicos têm implementado programas de integridade, os quais, por refletirem um comprometimento das instituições com o combate à corrupção, às condutas ímprobas e à fraude, constituem instrumentos efetivadores de direitos, deveres e garantias fundamentais.

De maneira geral, os programas de integridade devem ter como objetivo o fomento à cultura da conformidade, tanto no setor público quanto no privado, funcionando como instrumentos para o cumprimento dos objetivos de índole constitucional, voltados ao combate da corrupção e dos desvios éticos e, por consequência, ao fortalecimento da confiança da sociedade nas instituições.

Porém, entendemos que tão importante quanto a implantação do programa de integridade e todas as outras medidas que o permeiam é o seu monitoramento e a sua fiscalização, com vistas a garantir sua efetividade e evitar a criação de programas de fachada, executados apenas em atendimento a uma recomendação ministerial, sem efetiva operacionalidade. Blok (2023, p. 157) alerta sobre isso:

Infelizmente uma preocupação recorrente quando se discute o monitoramento do programa de compliance/integridade reside na criação de programas de “fachada”. A mera adoção formal de um programa/sistema de integridade não significa que a empresa (por meio de sua Alta Administração) esteja efetivamente preocupada com o cumprimento da Lei ou que esse programa seja eficaz.

Portanto, não basta o programa de integridade ser aparentemente bem estruturado. Ele deve ser capaz de proporcionar uma mudança de cultura, com a sua efetiva incorporação na instituição.

O Decreto n.º 11.129, de 11 de julho de 2022, ao definir em que consiste um programa de integridade e estabelecer seus objetivos, elenca, em seus artigos 56 e 57, alguns parâmetros que devem ser observados para sua efetividade, tais como: comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade, controles internos eficientes, gestão adequada de riscos, entre outros. Assim, adotadas todas as cautelas necessárias para a implantação de um programa efetivo, torna-se possível almejar os objetivos traçados na própria regulamentação, quais sejam:

- I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e
- II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Em outras palavras, se efetivamente implantados, os programas de integridade são importantes ferramentas de prevenção aos atos de corrupção e desvios, além de contribuírem para o fortalecimento das corporações e instituições ao promoverem a ética por meio da cultura da integridade. O próprio Decreto n.º 11.129, de 11 de julho de 2022, destaca, em seu artigo 56, parágrafo único:

Parágrafo único - o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de

cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Tal dispositivo ressalta ainda a necessidade de uma constante atualização dos programas de integridade, que devem refletir um caráter dinâmico, adaptando-se às necessidades específicas e atuais da empresa ou do órgão público, conforme a evolução do tempo e dos próprios riscos. Nesse sentido, é válido o destaque de Luz (2011, p. 440):

Do ponto de vista teórico, esta expansão foi processada sob a fórmula de “surgimento de novos bens jurídicos”, surgimento este que se explicaria por duas principais razões: por um lado, pela conformação e generalização de novas realidades, que anteriormente não existiam e que passaram, pouco a pouco, a ser fundamentais para a existência em sociedade (pense-se, por exemplo, na proteção do sistema financeiro e da ordem tributária); por outro lado, pela deterioração de realidades antes tidas como abundantes, e que agora se mostravam como escassas (pense-se, neste sentido, na proteção do meio ambiente).

Registre-se que os programas de integridade devem ser estruturados com base na própria cultura local da instituição ou empresa, adaptados às suas realidades e necessidades, sob pena de se tornarem um fator de risco significativo, pois programas de integridade simplesmente copiados podem criar uma falsa sensação de segurança e conformidade.

Além disso, o Decreto n.º 11.129 incentiva as empresas a implementarem programas de integridade ao prever que a existência desses pode ser considerada atenuante na aplicação de sanções. Todavia, o texto normativo ressalva, em seu art. 57, § 2º, que a efetividade do programa de integridade será considerada por ocasião da avaliação para fins de atenuação das sanções a serem aplicadas. Ou seja, o programa de integridade precisa ser efetivamente aplicado.

Ou seja, o principal objetivo da implementação de um programa de integridade por uma empresa não pode ser tão somente a minimização de eventual penalidade, mas sim a incorporação, como pilares institucionais, de valores éticos e morais, do respeito às leis e da formação de uma cultura de conformidade com as normas e princípios.

No que tange aos critérios para avaliação da efetividade dos programas de integridade, o art. 57, § 1º, incisos I a VIII, do decreto traz alguns parâmetros de ordem subjetiva, reforçando a importância da efetividade dos programas de integridade, direcionando a avaliação em concreto.

Contudo, a norma apresenta, de forma genérica, os parâmetros mínimos de existência e aplicação dos programas de integridade, sem mencionar objetivamente critérios, competências e ferramentas para sua avaliação e monitoramento, não especificando, por exemplo, como e por quem a efetividade do programa será fiscalizada, parâmetros quantitativos ou qualitativos, indicadores de desempenho claros, deixando margem para interpretações diversas.

Nesse sentido, o Decreto n.º 11.129 estabeleceu parâmetros que permitem balizar e avaliar apenas superficialmente um programa de integridade, sem indicar como cada item deve ser avaliado. Por exemplo: não há na norma critérios objetivos que definam, de forma clara, quais requisitos ou ações podem caracterizar o atendimento ao parâmetro do “comprometimento da alta direção da pessoa jurídica”, tampouco como mensurar se os recursos alocados são “adequados”, nos termos do inciso I do art. 57.

Da mesma forma, o inciso II não define quais elementos devem constar nos códigos de ética, assim como, no inciso V, a análise e a reavaliação de riscos são indicadas, sem especificar como as empresas devem documentar ou demonstrar esses processos.

Essa ausência de critérios objetivos na norma remete a desastres como os que ocorreram nos municípios de Mariana e Brumadinho, sugerindo a existência de falhas significativas nos programas de integridade das empresas envolvidas, o que indica que estes provavelmente não foram implementados e monitorados de maneira efetiva.

Diante de todos esses desafios, verificar se um programa de integridade está “rodando” e fiscalizá-lo não é uma tarefa simples, especialmente se pensarmos que não existe uma diretriz clara na norma capaz de definir quem fiscalizará e como serão avaliados os programas de integridade para diversos setores.

A ausência na norma de definição clara, por exemplo, de quem é a entidade ou órgão competente para auditar, monitorar ou validar a implementação dos programas, pode comprometer a imparcialidade e o resultado da avaliação. No Brasil, foi atribuído à CGU o papel de auditar e fiscalizar a implantação de programas de integridade em órgãos públicos federais e, em alguns casos, em empresas privadas que celebram contratos com o governo federal. Já no que tange à supervisão dos programas de integridade de empresas privadas que não fazem negócios com o poder público, não há previsão no ordenamento jurídico de qual órgão governamental é o competente para realizar tal monitoramento.

Quanto à auditoria e fiscalização dos programas de integridade nos âmbitos estadual e municipal, não há na lei previsão de entidade ou órgão específico com tal competência. Se pensar nessa fiscalização pelos Ministérios Públicos estaduais, entende-se que tal solução se mostra, no atual cenário, inviável, tendo em vista o grande número de Promotorias de Justiça que possuem uma estrutura diminuta e, por vezes, com um único membro que acumula atribuições, como é o caso de municípios localizados no interior.

Ademais, a fiscalização da eficácia dos programas de integridade perpassa por uma análise interna detalhada de cada órgão, com vistas a verificar se as normas, rotinas e padrões implementados estão sendo, de fato, executados. Trata-se de um processo que envolve questões técnicas e de conhecimento específico, por vezes complexas, que exigem conhecimento e estrutura adequados.

Nesse contexto, para a fiscalização da eficiência dos programas de integridade, como uma possível alternativa, vislumbramos a união de esforços por meio da parceria entre os órgãos de fiscalização, especialmente entre os Ministérios Públicos e os Tribunais de Contas dos Estados, e dos municípios, estes últimos, onde houver, que possuem a competência para fiscalizar contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonialmente o Estado, os municípios e as entidades da administração direta e indireta, quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade.

Assim, caberia aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, onde houver, a responsabilidade pela fiscalização dos programas de integridade, enquanto ao Ministério Público competiria o apoio e a adoção das medidas necessárias para sua adequada e eficiente implementação.

Entendemos que tal medida, a princípio, é fundamental para garantir que esse importante instrumento de combate à corrupção e à fraude, que são os programas de integridade na Administração Pública, sejam efetivamente implementados e funcionem de forma adequada.

CONCLUSÃO

Como já destacado, a visão inicial do conceito de “direito anticorrupção” como um campo específico das ciências jurídicas começou a se consolidar nas últimas décadas do século XX, expandindo-se para um âmbito de proteção de tamanha envergadura, recebendo a magnitude de direito fundamental e constituindo verdadeiro meio para garantir a proteção de outros direitos fundamentais.

Nesse período, com a globalização e o aumento das transações comerciais internacionais, também se evidenciou um crescimento da prática de subornos e corrupção entre governos e empresas em grande escala, fazendo surgir um movimento mundial de combate à corrupção, momento em que surgiram os programas de integridade como resposta à crescente demanda por transparência e ética nas instituições, especialmente no setor público.

Todavia, mais do que implantar programas de integridade, entende-se necessário estabelecer formas de monitoramento e avaliação regular acerca de sua efetividade. Para isso, é necessário aperfeiçoar as normas atualmente existentes, de modo que sejam previstas regras amplas e objetivas, capazes de permitir uma avaliação efetiva de um programa e de se adaptar a diferentes contextos e setores, com vistas a garantir que as medidas anticorrupção sejam eficazes e permanentemente adaptadas às necessidades de prevenção e combate à corrupção em diferentes contextos.

Como parte dessas reflexões conclusivas, não se pode perder de vista a necessidade da presença de elementos mínimos no tocante às estruturas de fiscalização, já que, como registrado, a normatização da proteção de um dado bem jurídico, sem o estabelecimento de mecanismos de vigilância e controle, equivale praticamente a condená-la a um não existir.

Assim, dada a transversalidade de seu alcance, conclui-se que os programas de integridade, se efetivamente implementados, não consistindo em meros programas de fachada, podem não apenas constituir uma ferramenta de conformidade, mas uma expressão concreta do direito fundamental anticorrupção, responsabilizando não unicamente o Estado, mas também empresas e indivíduos na luta contra a corrupção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 4 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto n.º 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11129.htm>. Acesso em: 7 mar. 2025.

BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2023.

FIGUEIREDO, Diogo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n.º 45, p. 9, jul./set. 2011.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, São Paulo, v. 18, n.º 89, p. 440, mar./abr. 2011.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Reflexos eleitorais da nova Lei de Improbidade Administrativa**. Leme-SP: Mizuno, 2022. 190 p.

SOBRE A AUTORA

Mariana Peisino do Amaral é mestre em direitos fundamentais pela FDV (2025), graduada em Direito (FDV – 2003) e em Administração (UFES – 1999). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (2005), atua como Promotora de Justiça titular na 1ª Promotoria da Infância e Juventude de Cariacica, como Dirigente no Centro de Apoio de Defesa do Patrimônio Público e como Assessora Jurídica na Assessoria Jurídica do Gabinete da PGJ.

LAVAGEM DE DINHEIRO NO MERCADO DE APOSTAS: A POSIÇÃO JURÍDICO-PENAL DE GARANTIDOR POR OMISSÃO DECORRENTE DA FRAGILIDADE DE CONTROLES INTERNOS

MONEY LAUNDERING IN THE BETTING MARKET: THE GUARANTOR BY PRIOR ENDANGERMENT ARISING FROM WEAK INTERNAL CONTROLS

João Guilherme Lagazzi Alonso

Resumo: O artigo analisa a possibilidade de responsabilização penal por omissão imprópria, na forma de garantidor por ingerência, diante da fragilidade dos controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro nas operadoras de mercado de apostas. À luz da legislação brasileira e das normativas da Secretaria de Prêmios e Apostas, demonstra-se que a ausência de mecanismos eficazes de compliance pode transformar um risco permitido em risco proibido, ensejando eventual responsabilidade penal. A análise dogmática é fundamentada na modalidade de garantidor oriunda da ingerência, criação ou incremento de um risco proibido, com atenção às dificuldades inerentes à fragmentação funcional das estruturas corporativas. Conclui-se que a insuficiência dos programas de prevenção pode caracterizar a posição de garantidor por omissão, reforçando a necessidade de governança interna robusta no setor.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Apostas. Omissão Imprópria. Garantidor. Penal Empresarial.

Abstract: *This article analyzes the possibility of criminal liability of individuals operating within the fixed-odds betting market, under the position of guarantor through prior endangerment, arguing that the absence of effective anti-money laundering controls may constitute a creation or escalation of a prohibited risk that generates legal duty to act. Based on criminal law dogmatics and regulatory standards, the study demonstrates that failures in compliance structures can ground individual liability when the risk of money laundering practices is not properly mitigated. The analysis highlights the normative relevance of internal controls as mechanisms of risk governance in corporate structures subject to heightened regulatory scrutiny.*

Keywords: *Money Laundering. Betting. Guarantor. Omission. Corporate Criminal Liability.*

Sumário: Introdução; 1. O mercado de apostas como um segmento sensível à prática de lavagem de dinheiro; 2. Notas conceituais sobre os delitos econômico-empresariais e a ingerência na responsabilidade omissiva imprópria; 3. Lavagem de dinheiro, ingerência e complexidades na imputação de responsabilidade penal no mercado de apostas brasileiro; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Com o advento das Leis n.º 13.756/18 e n.º 14.790/23, cujas disposições legalizam as apostas de quota fixa e regulamentam a exploração dessa modalidade, desafios batem à porta dos legisladores, das autoridades públicas e dos próprios agentes operadores de apostas. Um desses desafios é identificar se a fragilidade dos controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, fator que aumenta o risco de instrumentalização do mercado de apostas para a prática do referido crime, pode culminar em uma posição de garantidor por ingerência (art. 13, § 2º, “c”, do Código Penal brasileiro).

Tanto a Lei n.º 9.613/98 quanto as portarias da Secretaria de Prêmios e Apostas preveem a necessidade de controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, para a regular operação das empresas que atuam no mercado de apostas. Além de reconhecer a sensibilidade da área, há obrigação de detecção e comunicação quanto a atividades suspeitas, portanto, questiona-se: é possível dizer que a ausência desses controles poderia configurar uma posição de garantidor por vias da ingerência?

Considerando que os delitos econômicos, geralmente praticados no contexto empresarial, tensionam a teoria do delito, a discussão se torna imprescindível para compreender os limites da posição de garantidor daqueles que integram uma pessoa jurídica que opera no mercado de apostas. Portanto, o presente trabalho pretende responder o questionamento anteriormente apresentado, de modo a elucidar se a ausência de controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro poderia criar uma posição de garante por ingerência, bem como quais integrantes seriam garantidores no contexto das operadoras do mercado de apostas.

Para atingir o objetivo final do trabalho, em primeiro lugar, (i) é necessário apresentar o mercado de apostas como uma área sensível à prática de lavagem de dinheiro, possuindo como perspectiva o ordenamento jurídico brasileiro, aliado ao papel dos controles internos na sua prevenção. Também, (ii) são estabelecidas as premissas dogmático-penais para a posição de garantidor, abordando as consequências jurídicas das modalidades de garantidor com destaque à de garante por ingerência. Por fim, (iii) analisa-se se a ausência de controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, em empresas que operam no mercado de apostas, configuraria o incremento de um risco proibido, de modo a configurar a posição de garantidor por ingerência.

1. O MERCADO DE APOSTAS COMO UM SEGMENTO SENSÍVEL À PRÁTICA DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Considerando o objetivo final de analisar a posição de garantidor de integrantes das operadoras de apostas no Brasil, é necessário contextualizar se esse segmento de mercado pode ser considerado sensível à prática de lavagem de dinheiro. Para isso, serão utilizados como fonte leis, regulamentações

e relatórios, de modo a demonstrar que o mercado de apostas é visto como um meio utilizado por lavadores de dinheiro profissionais para estruturar sua operação de ocultação e dissimulação de produto criminoso.

O primeiro marco legal a ser analisado é a Lei n.º 9.613/98, responsável pela tipificação do crime de lavagem de dinheiro e disposição dos segmentos de mercado considerados sensíveis à prática do delito. O Capítulo V do referido texto legal, “Das Pessoas Sujeitas ao Mecanismo de Controle”, possui, em uma primeira análise, a função de enumerar as atividades que devem se submeter às obrigações de identificação de clientes e comunicação de operações financeiras.

No entanto, uma leitura de quais segmentos de mercado são enunciados no artigo 9º, aliada à necessidade e à natureza dos controles supramencionados, indica que os incisos I a XIX do artigo em discussão apresentam áreas sensíveis a serem utilizadas para a prática de lavagem. Entre esses incisos, após alteração legislativa em 2021, estão as sociedades que exploram apostas de quota fixa, mediante sorteio ou método semelhante, portanto, este é um indicador inicial da sensibilidade dessa atividade empresarial.

Um segundo indicador é a obrigatoriedade de políticas corporativas de prevenção à lavagem, disposta pela Lei n.º 14.790/23, responsável pela regulamentação das apostas de quota fixa no Brasil. O art. 8º da normativa condiciona a exploração dessa modalidade de aposta à prova de implementação de um programa interno de prevenção à lavagem de dinheiro, sem o qual a atividade não é considerada autorizada, nos termos da legislação brasileira.

Além das fontes legislativas mencionadas, existem fontes regulatórias que demonstram a sensibilidade do meio à prática de lavagem de dinheiro, determinando as diretrizes para as políticas corporativas de prevenção desse crime. Entre essas fontes, é importante mencionar as Portarias n.º 1.330 e n.º 1.143 da Secretaria de Prêmios e Apostas (SPA), que apresentam disposições sobre prevenção à lavagem.

A Portaria n.º 1.330/23 da SPA possui um capítulo dedicado à prevenção da lavagem de dinheiro e outros delitos, no qual estabelece os padrões esperados para concessão das autorizações de operação. O texto menciona exigências como: política de prevenção à lavagem de dinheiro; procedimentos de identificação de clientes, beneficiários diretos e finais; procedimentos de identificação, monitoramento, análise de risco e comunicação de operações suspeitas; e execução de treinamentos visando à disseminação de cultura e qualificação de funcionários, parceiros e prestadores terceirizados, no que tange à prevenção à lavagem de dinheiro.

Já a Portaria n.º 1.143/24 da SPA dispõe especificamente as políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem que devem ser implementados pelos agentes operadores de apostas. A finalidade dessa regulamentação é estabelecer os padrões mínimos esperados pela SPA, de modo que o agente operador possa operar em um ambiente de risco controlado, colaborando com o Conselho de

Controle de Atividades Financeiras (COAF) na identificação de indícios e prevenção da prática de lavagem.¹

Com base nas fontes legais e regulamentares, já é possível perceber como o ordenamento jurídico enxerga o meio de apostas: o padrão que o Poder Legislativo e a Secretária de Prêmios e Apostas exigem dos agentes operadores programas efetivos de PLD demonstra a sensibilidade da área. Essa exigência pode levantar uma pergunta: quais características do mercado de apostas o tornam atrativo aos lavadores profissionais?

Existem alguns fatores que devem ser levados em consideração quando se analisa o mercado de apostas, muitos deles perceptíveis em relatórios elaborados por órgãos e autoridades, tanto nacionais quanto internacionais. Essas fontes relatoriais possibilitam uma aproximação que, em grande parte das vezes, apresenta verossimilhança com a realidade ante o caráter empírico de muitos desses relatórios.

Por exemplo, o Banco Central do Brasil (BCB) apurou que as empresas de apostas movimentam entre R\$ 18 bilhões e R\$ 21 bilhões, mensalmente², com cerca de 15% dos valores retidos pelos agentes operadores. Esse estudo técnico realizado pelo BCB demonstrou que os altos valores movimentados com baixa taxa de retenção fazem concluir que o mercado de apostas é um meio efetivo para transferir grandes quantias.

Em razão de o mercado de apostas possuir regulação recente no Brasil, a elaboração de estudos empíricos e relatórios sobre esse segmento não atingiu tanta maturidade. No entanto, existem relatórios transnacionais, vinculados a órgãos intergovernamentais, que já tratam da relação entre lavagem de dinheiro e o mercado de apostas.

Um desses órgãos é o Grupo de Ação Financeira (GAFI), que já elaborou relatórios sobre as fragilidades de determinados segmentos do mercado, especificamente sob o aspecto da lavagem de dinheiro³. Um desses relatórios, publicado em 2009, enumerou fatores a serem considerados na prevenção à lavagem de dinheiro, por meio da abordagem baseada em risco (risk based approach), metodologia muito utilizada nos relatórios do GAFI.

1 As disposições da Portaria n.º 1.143/24 da SPA seguem os padrões estabelecidos pela Resolução n.º 36 do COAF, considerada um patamar mínimo de políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro.

2 Estudo Especial n.º 119/2024 – Reproduzido da Nota Técnica 512/2024-BCB/SECRE. **Análise técnica sobre o mercado de apostas online no Brasil e o perfil dos apostadores.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE119_Analise_tecnica_sobre_o_mercado_de_apostas_online_no_Brasil_e_o_perfil_dos_apostadores.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2025.

3 FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector.** 2009. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/Vulnerabilities%20of%20Casinos%20and%20Gaming%20Sector.pdf.coredownload.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2025.

É importante mencionar que esse Grupo possui como objetivo principal a proteção do sistema financeiro e da economia geral contra ameaças de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa. Sua atuação engloba o desenvolvimento e a promoção de padrões internacionais, diretrizes que guiam países à prevenção das práticas supramencionadas.

Por meio da abordagem baseada em risco, o GAFI mobiliza grupos regionais de análise e estudos, com capacidade técnica e prática para converter dados empíricos de cada segmento econômico em riscos palpáveis. Diante disso, as fragilidades reconhecidas e as recomendações propostas são guiadas por esse conteúdo material, com a finalidade de apresentar soluções efetivas na mitigação de riscos.

Portanto, trata-se de órgão dotado de experiência, tanto prática quanto teórica, para apresentar e classificar determinada atividade empresarial como de baixo ou alto risco. O Relatório Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector reconhece a alta sensibilidade do segmento de apostas à prática de lavagem, mobilizando o grupo a estudar esse setor para melhor indicar a mobilização de recursos de combate e prevenção, seja das autoridades públicas, seja dos particulares que exploram essa atividade.

O GAFI identifica, entre outros, os seguintes aspectos do mercado de apostas que o tornam sensível à prática de lavagem: (i) possibilidade de transferências de créditos entre clientes do operador de apostas; (ii) utilização de serviços terceirizados nos pagamentos; (iii) depósito efetuado diretamente nas contas indicadas pelos clientes; e (iv) possibilidade de abertura de inúmeras contas, com o auxílio de documentos fraudados.

Os fatores apresentados, em resumo, abordam problemas de rastreabilidade de recursos movimentados e identificação dos clientes apostadores. A exploração de apostas sofre, em grande parte dos casos, de problemas para controlar quais recursos movimenta e para quem presta seus serviços, motivos pelos quais procedimentos internos de prevenção à lavagem tornam-se essenciais à exploração com riscos mitigados.

As fragilidades enumeradas pelo GAFI demonstram o porquê de a legislação brasileira exigir determinados procedimentos e políticas como condições para conseguir a autorização de operação. Sem esses requisitos, a exploração do segmento de apostas representa uma fragilidade econômica que facilita a prática de lavagem de dinheiro, risco que não foi aceito pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em conclusão, não somente a legislação brasileira condiciona a atuação dos agentes operadores de apostas à implementação de controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, como essa exigência condiz com o cenário econômico que envolve o mercado de apostas. Ainda, a existência, ou não, desses procedimentos de prevenção impacta diretamente o risco da ocorrência do delito de lavagem de dinheiro, por consequência, risco de afetar o bem jurídico tutelado.

2. NOTAS CONCEITUAIS SOBRE OS DELITOS ECONÔMICO- EMPRESARIAIS E A INGERÊNCIA NA RESPONSABILIDADE OMISSIVA IMPRÓPRIA

Considerando o escopo do presente trabalho, cuja finalidade precípua é analisar a possibilidade de responsabilização de integrantes de um agente operador de apostas no Brasil, não é possível pular para essa análise sem apresentar notas conceituais essenciais à definição da omissão imprópria. Muito além de considerações gerais sobre a omissão imprópria, faz-se necessário abordar especificamente as nuances da modalidade “ingerência”, descrita no art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro.

Apenas adentrar no assunto da ingerência, sem antes tecer considerações sobre os crimes cometidos no contexto empresarial, seria uma abordagem perigosa, principalmente quando considera a maneira como tensionam a teoria do delito. Isto porque, em se tratando de um delito econômico praticado em sede de empresa, há uma fragmentação dos elementos que compõem o conceito analítico de crime, justamente pelo caráter organizacional inerente ao ambiente empresarial (SCHÜNEMANN, 1979).

Esse, inclusive, é um dos motivos que traz os delitos econômicos e empresariais à tona nos estudos dogmáticos, ao mesmo tempo que dificulta sua análise baseada em conceitos clássicos do Direito Penal, como as definições causalista-naturalísticas e ontológicas da ação. A diluição de conhecimento, poder decisório e condições subjetivas de autoria apresenta verdadeiro desafio na compreensão dos delitos em discussão como integrantes de um estudo dogmático-penal (SILVA SÁNCHEZ, 2016).

Essa diluição traz consigo uma influência na dinâmica dos elementos objetivos e subjetivos dos delitos, portanto, impacta tanto a esfera fática quanto autoral da análise que permeia o reconhecimento, ou não, de responsabilidade penal. No plano objetivo, a delegação de funções e a divisão de tarefas geram uma descentralização que dificulta o enquadramento típico dos elementos de cada delito, principalmente quando o tipo penal exige uma especial condição do agente.⁴

Do plano subjetivo, os delitos econômicos cometidos em empresas também tensionam a teoria do delito, principalmente no âmbito da tipicidade subjetiva. Isto decorre da fragmentação dos fluxos de informação e distribuição de ordens, que refletem nos elementos cognitivo e volitivo do tipo subjetivo, respectivamente (ESTELLITA, 2016).

As condutas omissivas impróprias também foram, e seguem sendo, objeto de discussão constante, justamente em razão de também constituírem um ponto de tensão na teoria do delito. Seja quanto à

4 Por exemplo, o crime de gestão fraudulenta, definido no art. 4º da Lei n.º 7.492/86, que exige a condição de “gestor” do agente. (ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 44.)

natureza, estrutura ou punibilidade de delitos omissivos, a dogmática penal segue os estudando, com a finalidade de tentar solucionar as problemáticas que envolvem o assunto (TAVARES, 2012).

Portanto, tratar da omissão imprópria no contexto da ausência de controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro envolve as problemáticas dos delitos econômico-empresariais e dos institutos omissivos. Em razão disso, é necessário estabelecer previamente o conceito de omissão imprópria, como premissa para o seguimento do presente trabalho.

Primeiramente, é possível classificar as omissões penalmente relevantes entre próprias e impróprias.⁵ Enquanto os delitos omissivos próprios se relacionam a tipos penais que preveem condutas de omissão, nos omissivos impróprios há uma equiparação do resultado advindo da omissão, como se praticada uma conduta comissiva (BOTTINI, 2020).

A descrição de condutas comissivas por um tipo penal, em uma primeira análise, impede que se atribua o resultado produzido ao sujeito que se omite, pois não há prática da ação prevista no tipo. No entanto, como é o caso da legislação penal brasileira, existem institutos normativos que permitem atribuir a responsabilidade por resultado previsto em delito comissivo, quando há a omissão de um sujeito que deveria impedi-lo, não uma conduta ativa que causou o resultado.

A Parte Geral do Código Penal brasileiro, em específico o art. 13, § 2º, apresenta em quais casos a omissão é relevante a ponto de que seja possível equipará-la à causação positiva de um resultado lesivo (BOTTINI, 2020). Para que seja possível atribuir o resultado a uma conduta omissiva, é necessário que o sujeito ocupe uma posição específica, denominada “garantidor”, possuindo o dever de evitar o resultado lesivo.

A posição de garantidor, portanto, define-se como uma condição especial do sujeito que possibilita imputar um resultado lesivo, como se sua conduta fosse comissiva. No Código Penal brasileiro, é necessário realizar a adequação típica, por meio da subordinação mediata do resultado que se pretende atribuir ao que dispõe o art. 13, §2º, desse texto legal.

O Código Penal brasileiro também enumera em quais situações o omitente é garantidor, leia-se, deve evitar o resultado: i) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e iii) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

.....

5 Conforme ensina Tavares, a terminologia “omissão própria e imprópria” não é pacífica na doutrina, com autores como Jescheck sugerindo “omissão simples e qualificada”, em razão da qualidade específica que o sujeito deve possuir para que o resultado de uma conduta comissiva possa lhe ser imputado, mesmo na condição de omitente. (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 297). Além disso, existem controvérsias quanto aos critérios para enquadramento de um delito omissivo como próprio ou impróprio (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da Omissão Imprópria por Ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Vol. 17. 2020. p. 131-151).

Nessas situações, por ser considerado garantidor, ao omitente será atribuído o resultado típico de um delito descrito como comissivo no tipo penal. Conforme ensina Bottini, “nas duas primeiras hipóteses, o omitente se encontra diante de um risco que ele não produziu, mas tem, por lei ou por assunção o dever de proteger o bem jurídico ou de controlar a fonte de perigo.”⁶

Na terceira, a ingerência, em vez de o garantidor se deparar com um risco criado por terceiro, o próprio omitente cria o risco de um resultado tipificado por meio de sua conduta anterior. Dessa criação, ou incremento do risco, torna-se garantidor e deve contribuir para a interrupção do curso causal.

Nessa modalidade, é importante delinear o que representa a “criação de um risco”, elemento essencial para o enquadramento na alínea “c” do art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro. Evidente que apenas criar um risco não necessariamente significa instantaneamente praticar um crime, portanto, cumpre apresentar quais riscos são penalmente relevantes.

Em primeiro lugar, o que significa criar um risco? Cria-se um risco quando, por meio de uma ação ou comportamento voluntários, coloca-se em perigo concreto ou potencial um bem jurídico.⁷ Uma conduta omissiva, por si só, não pode criar riscos, mas é capaz de tornar um risco permitido em não permitido, leia-se, um risco que é irrelevante para o direito penal em relevante.

O cotidiano em sociedade é repleto de criações e sujeições aos mais variados riscos, por exemplo, quando um indivíduo decide sair de casa com seu carro. Obviamente que pilotar um automóvel não é um crime, portanto, trata-se, em um primeiro momento, de um risco permitido, em termos de reponsabilidade penal.

Porém, para que o risco siga dentro do âmbito permitido, é necessário que o condutor obedeça a uma série de regras previstas no Código de Trânsito, de modo que sua condução seja segura para si e para terceiros que também estão nas vias e calçadas. Essas regras são indicativas de medidas que devem ser tomadas para que não se crie um perigo, seja à integridade física, seja à vida dos demais que circulam.

A violação dessas regras não gera, automaticamente, a responsabilidade penal caso um resultado lesivo venha a ocorrer, mas funcionam como um referencial para apurar se o risco criado foi permitido ou proibido, tolerável ou intolerável. Muito embora existam controvérsias se a reponsabilidade por omissão,

6 Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit. Vivamus ultrices maximus convallis. Pellentesque posuere, eros in fringilla iaculis, nisi sem ullamcorper elit, ultricies mollis tortor quam at augue. Nullam ut feugiat augue. Phasellus sit amet sollicitudin metus. Quisque fringilla tortor ut congue fringilla. Duis consequat libero sed ullamcorper semper.

7 Bottini indica que essa concepção nunca foi plenamente abandonada desde o século XIX (i.e. VON LIZST e GIMBERNAT ORDEIG) (BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Da Omissão Imprópria por Ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Vol. 17. 2020. p. 131-151.). O mesmo conteúdo se extrai da obra de TAVARES (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 119).

na modalidade ingerência, possa ser atribuída na criação de qualquer risco, ou apenas proibidos⁸, um fato é constatável: a primeira análise deve ser se a criação do risco gera um dever de controlá-lo ou um dever de salvamento caso saia do controle de quem o criou (BOTTINI, 2020).

O dever de controle nada mais é que a obrigação de manter um risco criado previamente dentro de parâmetros toleráveis, impedindo que sua desestabilização transforme um risco permitido em proibido. Nas palavras de Bottini (2020), “existe um dever de agir mesmo diante de riscos permitidos, em regra quando uma norma de cuidado exige uma conduta positiva para mantê-lo nesse patamar”.

A conduta omissiva por ingerência, no contexto do dever de controle, possui como parâmetro central a violação de uma norma de cuidado, seja na criação de um risco não permitido, seja na criação de um risco permitido que se torna intolerável em razão de omissão posterior. Atos institucionais, regras técnicas profissionais e o próprio juízo de ponderação são meios de identificar a ocorrência, ou não, de descumprimento à norma de cuidado mandamental, leia-se, a criação de um risco não permitido.

Portanto, a ingerência é a imputação de resultado típico àquele que, por meio de conduta omissiva, gera um risco proibido ou transforma risco permitido em proibido. O dever de controle, por sua vez, é a modalidade da ingerência que dialoga com a manutenção do risco no patamar permitido, seguindo regras técnicas profissionais e atos institucionais, cuja falha implica a responsabilização pelo resultado danoso.

Estabelecidos os pressupostos dogmáticos que permeiam a posição de garantidor por ingerência, chega o momento de analisar, sob essa lente, a atuação das empresas de apostas no contexto da prevenção à lavagem de dinheiro. Pelo dever de vigilância estabelecido, cumpre indicar se o papel de garantidor, pontapé inicial para as discussões de responsabilidade penal na modalidade omissiva imprópria, pode ser identificado nos agentes operadores de apostas.

3. LAVAGEM DE DINHEIRO, INGERÊNCIA E COMPLEXIDADES NA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL NO MERCADO DE APOSTAS BRASILEIRO

Com base nas reflexões expostas até o momento, extraem-se dois racionais: em primeiro lugar, o mercado de apostas é visto, tanto pelo ordenamento jurídico quanto pela experiência prática, como

.....

8 Bottini apresenta como autores que defendem a possibilidade de responsabilização penal por ingerência: Meini Mendez, Lascrain Sanchez, Bittencourt e Noronha, para quaisquer riscos; Maurcah, Jakobs, Rudolphi, Stratenwerth e Cuadrado Ruíz, para riscos permitidos somente em situações específicas; e CErezo Mir, Dopico Gómez-Aller, García Caveró, Bacigalupo Zapater, Roxin, Wessels, Jescheck, Costa e Silva, Bierrenbach e Tavares, para riscos que já eram não permitidos ou antijurídicos em momento anterior à omissão. (BOTTINI. Pierpaolo Cruz. Da Omissão Imprópria por Ingerência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. Vol. 17. 2020. p. 131-151).

um segmento sensível à prática de lavagem de dinheiro. Em segundo lugar, o Código Penal brasileiro estabelece a posição de garantidor na modalidade omissiva imprópria por ingerência (art. 13, § 2º, CPB), aplicável quando há a criação de um risco prévio que deve ser controlado por aquele que o criou.

Contudo, a relação de ambos os temas ainda não foi abordada em toda sua plenitude, muito embora seja perceptível o diálogo entre a posição de garantidor por ingerência e a sensibilidade do mercado de apostas à prática de lavagem. A palavra-chave capaz de funcionar como o elo da discussão é “risco”.

Em se tratando de um segmento sensível à prática de lavagem de dinheiro, as empresas que operam no mercado de apostas criam um risco por meio de suas atividades cotidianas, seja na recepção de valores, seja na distribuição posterior dessas quantias. Atualmente, tempos nos quais as plataformas também estão ligadas aos criptoativos e redes de mercado transnacionais, o risco relacionado à lavagem de dinheiro se torna mais agudo.

Evidente que “criar um risco” pode gerar, ou não, uma resposta penal, ante o fato de nem todo risco ser considerado penalmente relevante. Por isto, é de suma importância estabelecer parâmetros que auxiliem na distinção entre os riscos permitidos e proibidos, de modo a reservar a imputação de responsabilidade penal apenas às condutas mais reprováveis e atentatórias à convivência social.

No contexto do mercado de apostas, a própria legislação que regulamenta a atuação nesse segmento apresenta condições para sua exploração regular, entre elas, a obrigatoriedade de programas internos de prevenção à lavagem de dinheiro. Essa norma condiciona a criação de um risco, a exploração do mercado de apostas, a um meio de controle desse risco, elaboração e implementação de programas internos de prevenção à lavagem de dinheiro.

Dessa forma, os marcos legislativos e as portarias da Secretaria de Prêmios e Apostas funcionam como indicadores de riscos permitidos e proibidos, fazendo as vezes dos atos institucionais e de normas técnicas mencionados anteriormente. Sob esse prisma, a robustez e a eficácia dos programas de prevenção à lavagem de dinheiro serão fator determinante na manutenção da atividade como um risco permitido, dissociado da responsabilidade penal.

Caso o agente operador de apostas, regularmente autorizado a desempenhar essa atividade, não possua, ou possua, controles frágeis, é possível que essa omissão seja identificada como a transformação de um risco permitido em proibido. Nessa toada, o agente operador de apostas pode ser considerado um garantidor, por não cumprir com o dever de controle oriundo da criação prévia de um risco.

Diante disso, é importante que os agentes operadores de apostas possuam a seu dispor um programa de prevenção à lavagem de dinheiro, por explorarem um segmento sensível do mercado. Para além, a existência de controles internos efetivos nesse sentido configura um aspecto fático e objetivo para a apuração de riscos permitidos e proibidos, lembrando que os primeiros não estão sujeitos à aplicação da norma penal repressiva.

O que se pretende abordar nesta breve explanação é apenas uma faceta de um prisma complexo, dotado de arestas que ainda precisam de muito cuidado. Entre as faces nebulosas do assunto está o direcionamento da posição de garantidor para um representante específico da empresa que opera no mercado de apostas do Brasil.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro apenas admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos casos de crimes ambientais, portanto, quanto ao delito de lavagem de dinheiro, a imputação de responsabilidade deve passar por uma pessoa física. Dito isso, questiona-se: uma vez configurada a posição de garantidor, quem deverá cumprir o dever de controle e sobre quem é possível imputar a responsabilidade penal?

Dizer que um agente operador de apostas pode ser um garantidor, representado por seu *compliance officer*, diretores ou outro membro em contato direto e com poder decisório sobre as iniciativas de prevenção à lavagem de dinheiro, não significa afirmar que exista um dever genérico de prevenção. A mera posição societária ou funcional do sujeito no contexto hierárquico de uma empresa não se traduz necessariamente em responsabilização no âmbito jurídico-penal.

A responsabilidade penal omissiva imprópria exige outros requisitos além do dever de garantia, passando por uma análise sistematizada que não será abordada no presente trabalho. Um exemplo é a imputação do dolo para preenchimento da tipicidade subjetiva, fator obscuro tanto na omissão imprópria quanto nos delitos econômicos e empresariais.

Além disso, é necessária uma ponderação relacionada à capacidade jurídica de agir do garantidor, agente operador de apostas, no sentido de influir sobre o curso do resultado. Esse tópico parece, ao menos em uma análise preliminar, polêmico e merecedor de reflexão adequada, a qual não seria possível realizar de maneira completa aqui, diante da exiguidade de espaço e pluralidade do tema.

No entanto, apesar dessas nuances dogmáticas que tangenciam o tema analisado, foi possível concluir a resposta à pergunta central do presente estudo; ou seja, é possível afirmar que a ausência de controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro pode configurar uma posição de garantidor por meio da ingerência sobre os agentes operadores de apostas.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a relação entre a lavagem de dinheiro e o mercado de apostas, com ênfase na possível configuração da posição de garantidor por omissão decorrente da fragilidade dos controles internos de PLD. Pela regulamentação das apostas de quota fixa no Brasil, evidenciou-se que a ausência de mecanismos eficazes de prevenção pode resultar na criação de um risco proibido, implicando uma posição de garantidor por ingerência.

Foi demonstrado que o mercado de apostas é reconhecido como um segmento econômico sensível à prática de lavagem de dinheiro, fato corroborado pela legislação nacional e diretrizes transnacionais. A obrigatoriedade de programas internos de prevenção reflete a preocupação regulatória com a mitigação de riscos, e relatórios internacionais tratam sobre o papel do mercado de apostas nas operações de lavagem de dinheiro, ambos demonstrando a sensibilidade do setor.

Quanto aos aspectos dogmáticos da omissão por ingerência, sua análise deve levar em consideração a fragmentação do conhecimento e da tomada de decisão, aspectos que dificultam a atribuição de responsabilidade penal, tornando essencial o estabelecimento de uma definição precisa do dever de controle. Em uma interpretação que considere a criação de riscos e o dever de impedir que esses riscos não ultrapassem o âmbito permitido, é possível estabelecer uma posição de garantia no caso dos agentes operadores de apostas.

Conclui-se que a deficiência nos controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro pode levar à configuração de uma posição de garantidor, no sentido jurídico- penal do termo, para agentes operadores de apostas, quando verificada a transformação de um risco permitido em risco proibido. A discussão sobre a efetividade dos programas de prevenção e a delimitação da responsabilidade individual nesse setor ainda exige aprofundamento, mas o presente trabalho reforça a necessidade de um compromisso rigoroso com a governança interna, de modo a evitar que o mercado de apostas seja instrumentalizado como ferramenta para a prática de lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da Omissão Imprópria por Ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Vol. 17. 2020.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Estudios sobre el delito de omisión**. 2. ed. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.

ROXIN, Claus. **Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia**. In: VALDÉS; RIEZU; ESCAMILLA; GUIRAO; GANTE (coords.) **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer S.L., 2008.

ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n.º 112. 2015.

SCHÜNEMANN, Berndt. **Unternehmenskriminalität und Strafrecht**: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht/ von Bernd Schünemann. Köln: Heymann, 1979.

SCHÜNEMANN, Berndt. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: GRECO, Luís (coord.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. 2 ed. Madrid: Edisofer S. L., 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SOBRE O AUTOR

João Guilherme Lagazzi Alonso: Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Bacharel em Direito pela UPM. Estagiário Docente da disciplina de Processo Penal na UPM. Membro dos Grupos de Pesquisa “Direito Penal Econômico e Justiça Internacional” e “Modernas Tendências da Teoria do Delito”, ambos da UPM. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogado em São Paulo.

PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA E OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

THE PRINCIPLE OF CONGRUENCE AND THE IMPACT OF AMENDMENTS TO THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW ON COMBATING CORRUPTION

Galtiênio da Cruz Paulino

Resumo: O artigo analisa os impactos das alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa, especialmente no que tange à vinculação do juiz à capitulação jurídica dos fatos realizada pelo autor da ação. Baseado na noção de efetividade processual, discute-se a compatibilidade dessa vinculação com o princípio da congruência e com a independência funcional do magistrado. Argumenta-se que a exigência de fidelidade à tipificação inicial compromete a eficácia jurídica e social da ação de improbidade, além de violar o direito fundamental anticorrupção. Conclui-se que a preservação do equilíbrio entre garantias processuais e a efetiva responsabilização por atos ímprobos exige a revalorização da função interpretativa do juiz e o respeito aos fundamentos do devido processo legal.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Princípio da congruência. Independência judicial. Combate à corrupção. Efetividade jurídica.

Abstract: *This article examines the impact of the amendments introduced by Law No. 14,230/2021 to Brazil's Administrative Improbity Law, particularly regarding the binding of the judge to the legal classification of facts made by the plaintiff. Drawing from the concept of procedural effectiveness, the paper discusses the compatibility of this constraint with the principle of congruence and the functional independence of the judiciary. It argues that requiring strict adherence to the initial legal typification undermines both the legal and social effectiveness of the improbity action and violates the fundamental anti-corruption right. The conclusion emphasizes that maintaining a balance between procedural guarantees and effective accountability for misconduct demands renewed appreciation of the judge's interpretive role and strict adherence to the rule of law.*

Keywords: *Administrative improbity. Principle of congruence. Judicial independence. Anti-corruption efforts. Legal effectiveness.*

Sumário: Introdução; 1. Contexto histórico da Lei de Improbidade Administrativa; 2. A corrupção como obstáculo à governança democrática; 3. Da efetividade processual; 4. Princípio da congruência; 5. Alterações advindas da Lei n.º 14.230/2021; 6. As implicações da vinculação do juiz à capitulação jurídica do autor; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), desde sua criação, estabeleceu um sistema de proteção ao princípio republicano, atuando em conjunto com outras esferas jurídicas destinadas à sua salvaguarda, como as áreas criminal, cível e administrativa. Esse diploma normativo integra, portanto, um microssistema voltado à proteção do princípio da república, com ênfase na moralidade da Administração Pública.

A responsabilização do agente público em diferentes esferas pela prática de ilícitos contra a Administração Pública constitui uma consequência lógica da inobservância do dever jurídico de atuar em prol do interesse público (SARLET, 2007). O microssistema de proteção ao princípio republicano, desenvolvido antes da Constituição de 1988, insere-se em um contexto mais amplo de combate à corrupção, incluindo tratados internacionais que reconhecem o “direito anticorrupção” como um direito fundamental, ao menos sob o ponto de vista material (ROSE-ACKERMAN & PALIFKA, 2020).

Nesse cenário, torna-se essencial uma atuação estatal que garanta a proteção efetiva do direito anticorrupção por meio da adoção de instrumentos jurídicos dotados de eficácia tanto no plano jurídico quanto no social. No entanto, a efetividade jurídica do processo de improbidade administrativa tem sido alvo de questionamentos, especialmente em razão das alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021. Os dispositivos contidos no art. 17, § 10-C e § 10-F, inciso I, dessa legislação impõem ao juiz a vinculação à tipificação legal apresentada pelo autor da ação ao enquadrar os fatos como ilícitos, restringindo sua liberdade decisória no momento de proferir a sentença.

Dessa forma, este artigo analisará a compatibilidade desses dispositivos com o princípio da congruência, a efetividade jurídica e a independência funcional do magistrado. Para isso, será realizada uma abordagem inicial sobre a efetividade processual, seguida da análise do princípio da congruência, das mudanças legislativas recentes e, por fim, da avaliação dos impactos dessas alterações sobre a independência judicial.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei n.º 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), foi criada em um contexto de fortalecimento dos mecanismos de controle da Administração Pública, visando combater práticas ilícitas que comprometem a moralidade administrativa. Inspirada em modelos internacionais de integridade, a LIA consolidou-se como um dos principais instrumentos normativos de responsabilização de agentes públicos e privados envolvidos em atos de corrupção.

Desde sua promulgação, a LIA passou por diversos questionamentos e ajustes interpretativos, até sofrer uma reforma substancial com a Lei n.º 14.230/2021. Essa reforma modificou significativamente a estrutura do regime de improbidade administrativa, alterando dispositivos essenciais relacionados à tipi-

ficação de condutas, à prescrição e ao alcance da responsabilidade dos agentes públicos. Essas mudanças geraram um intenso debate sobre o equilíbrio entre o direito de defesa e a eficácia dos instrumentos de combate à corrupção.

2. A CORRUPÇÃO COMO OBSTÁCULO À GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA

A corrupção é um fenômeno sistêmico que afeta a governança pública, reduz a confiança da sociedade nas instituições estatais e compromete a alocação eficiente de recursos públicos. Segundo a Transparência Internacional (2020), a corrupção pode ser definida como “o abuso de poder confiado para ganho privado”, abrangendo práticas como suborno, tráfico de influência, nepotismo e fraudes em contratos administrativos (ROSE-ACKERMAN, 2020).

O impacto da corrupção vai além das perdas financeiras. Ela mina a credibilidade do Estado, compromete a qualidade dos serviços públicos e reduz a competitividade econômica do país. Esse cenário reforça a necessidade de mecanismos de controle e fiscalização mais rigorosos para garantir a transparência e a eficiência na Administração Pública.

A luta contra a corrupção exige uma abordagem multidimensional, que combine medidas preventivas e repressivas. Dentre as iniciativas internacionais que servem como referência, destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), da qual o Brasil é signatário. Além disso, legislações estrangeiras, como a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), dos Estados Unidos, e o *UK Bribery Act*, do Reino Unido, oferecem modelos de responsabilização de empresas e agentes públicos que poderiam ser aprimorados no ordenamento jurídico brasileiro.

3. DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

O conceito material de direitos fundamentais na Constituição de 1988 é amplo e dinâmico, estando previsto no artigo 5º, § 2º, e distribuído por diversas partes do texto constitucional, em tratados internacionais e até mesmo de maneira implícita em outros preceitos legais. Conforme Sarlet (2007), o sistema de direitos fundamentais

não será, propriamente, um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.

Sendo um direito fundamental, o direito anticorrupção requer especial proteção nos planos formal e material. No aspecto formal, está previsto na Constituição, possui aplicabilidade imediata e está sujeito a maior rigidez para supressão ou alteração. Já sob a perspectiva material, o direito anticorrupção

integra a denominada Constituição Material, sendo um elemento basilar da formação do Estado, presente em diversos diplomas normativos. Assim, sua proteção não depende de menção expressa na Constituição nem exige previsão literal específica para sua efetiva aplicabilidade.

Os direitos fundamentais possuem uma dupla face: podem ser considerados tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos essenciais para a estruturação da sociedade. Dessa maneira, além de servirem como instrumentos de proteção dos indivíduos contra abusos do poder público, os direitos fundamentais funcionam como valores constitucionais objetivos, influenciando todo o ordenamento jurídico e orientando a atuação dos poderes constituídos.

No que se refere ao direito fundamental anticorrupção, sua dimensão objetiva se sobressai, especialmente diante da possível redução protetiva ocasionada pela Lei n.º 14.230/2021. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de concretizá-los e implementá-los, sendo esta uma obrigação estatal vinculada à chamada influência objetiva e valorativa dos direitos fundamentais. Assim, a dimensão objetiva atua como um guia para a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional, impedindo que normas infralegais contrariem a proteção desses direitos (SARLET, 2007).

Além disso, os direitos fundamentais impõem ao Estado um dever de proteção, que inclui a adoção de medidas preventivas para resguardar os cidadãos tanto contra ações do próprio Estado quanto contra atos de particulares. A valorização dos direitos fundamentais sob essa ótica resultou na percepção da insuficiência de uma concepção meramente defensiva desses direitos. Assim, a proteção estatal deve garantir uma liberdade efetiva a todos, não apenas para aqueles que já possuem independência social e domínio sobre seu espaço de vida pessoal.

A corrupção representa um dos principais desafios enfrentados pelo Brasil. De acordo com estudos realizados pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) em 2010, o custo médio anual da corrupção no Brasil em 2009 foi estimado em R\$ 41,5 bilhões. Nesse contexto, Rose-Ackerman e Palifka (2020) destacam que “quaisquer que sejam os objetivos de uma instituição ou de uma política, a corrupção pode comprometer esses objetivos”.

A implementação dos direitos fundamentais no campo da improbidade administrativa exige a adoção de instrumentos legais eficazes e eficientes para o combate à corrupção, em consonância com a opção do Brasil por uma abordagem rigorosa contra essa prática ilícita.

A eficácia jurídica se subdivide em duas categorias: eficácia jurídica propriamente dita e eficácia social. Ambas são essenciais para garantir a efetividade da aplicação do direito. A eficácia jurídica ocorre quando um instrumento normativo ou processual é capaz de atingir os objetivos para os quais foi concebido. No âmbito da improbidade administrativa, mais especificamente na esfera processual, considera-se que há eficácia jurídica quando o processo conduz a um julgamento justo do demandado, respeitando o devido processo legal e, quando cabível, resultando na condenação do responsável pela prática de atos ilícitos.

Por outro lado, a eficácia social refere-se à aceitação e ao reconhecimento do instrumento jurídico pela sociedade. Um instrumento será socialmente eficaz quando a sociedade compreende sua importância e, conseqüentemente, o respeita e o legitima como um mecanismo essencial para a convivência harmônica. No combate à corrupção, a eficácia social ocorre quando a população adere ao entendimento de que os instrumentos jurídicos devem ser respeitados como meio para alcançar o objetivo maior de erradicar da corrupção.

Quando um instrumento jurídico é ao mesmo tempo juridicamente eficaz e socialmente aceito, ele atinge a efetividade jurídica. No caso da ação de improbidade administrativa, um processo será considerado efetivo quando for capaz de garantir um julgamento que respeite o contraditório e a ampla defesa, permita a análise completa dos fatos discutidos e resulte em uma decisão fundamentada, baseada no livre convencimento motivado do magistrado.

4. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

Um dos pilares fundamentais da jurisdição é a inércia do magistrado no processo judicial. Além de não poder iniciar um processo por conta própria, o magistrado também não pode determinar certas medidas *ex officio* durante a tramitação da ação. Assim, ao julgar uma demanda, o juiz deve se restringir ao que foi apresentado pelas partes, evitando decisões *citra petita* (aquém do pedido), *ultra petita* (além do pedido) e *extra petita* (fora do pedido).

A análise judicial deve, portanto, ser limitada aos fatos narrados pelo autor da ação, independentemente da classificação ou enquadramento jurídico inicialmente estabelecido. Isso ocorre porque a tipificação jurídica definitiva é uma atribuição do magistrado, que, em muitos casos, depende da instrução probatória e do desenvolvimento da fase cognitiva do processo (MARINONI, ARENHART & MITIDIERO, 2016).

A delimitação dos fatos é essencial para assegurar o pleno exercício do direito de defesa pelo demandado, pois a parte ré se defende dos fatos a ela imputados, e não da qualificação jurídica apresentada na petição inicial. Assim, o princípio da congruência garante que a decisão judicial seja proferida dentro dos limites da controvérsia estabelecida, respeitando o contraditório e a ampla defesa (DIDIER JR., 2015).

Esse princípio se insere como um dos quatro desdobramentos do princípio dispositivo. O primeiro desdobramento trata da inércia jurisdicional, segundo a qual a prestação jurisdicional somente pode ocorrer mediante provocação das partes. O segundo refere-se à possibilidade de cognição defensiva de ofício pelo magistrado em determinados casos, especialmente quando se trata de matérias de ordem pública, como a prescrição (GARCIA & ALVES, 2017). O terceiro desdobramento está relacionado ao processo civil e envolve a faculdade do magistrado de determinar a produção de provas para melhor instrução

do caso, garantindo que a decisão final esteja embasada em elementos probatórios suficientes. Por fim, o princípio da congruência impõe que o objeto da demanda seja delimitado pelas partes, cabendo ao juiz julgar dentro desses limites previamente definidos (PINHEIRO & ZIESEMER, 2022).

A relação entre o pedido e a sentença está diretamente vinculada à determinação do pedido prevista no artigo 286 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Esse mecanismo garante previsibilidade ao acusado e assegura o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. O princípio da congruência, portanto, cumpre um papel essencial na delimitação da atuação jurisdicional, preservando a segurança jurídica e a imparcialidade do julgador.

Observa-se que esse princípio está intrinsecamente ligado à delimitação fática da demanda, e não à sua classificação jurídica. São os fatos narrados que definem o objeto do processo, e não a tipificação legal atribuída pelas partes. Como ressaltam Didier Jr. (2015) e Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), “de nada adiantaria conferir às partes a possibilidade de dizer e contradizer, alegar e provar se, ao final, o juiz pudesse julgar o acusado por fatos que ficaram à margem do debate judicial”. Dessa forma, para efeitos de correlação, o que importa é o fato juridicamente qualificado, devendo ser analisado em sua totalidade, dentro dos parâmetros estabelecidos pela petição inicial e pela defesa apresentada.

5. ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI N.º 14.230/2021

Antes das alterações normativas introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021 na Lei n.º 8.429/1992, o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) era de que uma condenação por improbidade administrativa, ainda que com uma capitulação distinta da indicada na petição inicial, não violava o princípio da congruência¹. Assim, não se poderia falar em decisão *extra petita*, uma vez que a defesa se dá em relação aos fatos imputados ao réu, e não à tipificação jurídica atribuída pelo autor da ação (GARCIA & ALVES, 2017).

O papel da parte autora é delimitar os fatos essenciais ao processo, garantindo ao réu a possibilidade de se manifestar amplamente sobre as alegações. Já a qualificação jurídica dos fatos é atribuição exclusiva do magistrado, que deve realizá-la após o devido processo legal e considerando o exercício do contraditório e da ampla defesa (DIDIER JR., 2015).

Contudo, com a nova redação do artigo 17, § 10-C, da Lei de Improbidade Administrativa, introduzida pela Lei n.º 14.230/2021, o magistrado passou a ser obrigado a indicar com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa atribuído ao réu logo após a fase da réplica do Ministério Público. A partir desse momento, torna-se vedada qualquer modificação posterior do fato principal e da capitulação legal inicialmente estabelecida pelo autor da ação.

.....
¹ STJ. Jurisprudência em teses n.º 186.

Além disso, o artigo 17, § 10-F, inciso I², da referida lei determina que, caso o magistrado profira sentença condenatória com base em um tipo diverso daquele indicado na petição inicial, a decisão será considerada nula. Tal exigência vincula o magistrado à tipificação jurídica previamente estabelecida pelo autor da ação, contrariando o entendimento jurisprudencial consolidado³ e limitando, de forma inconstitucional, o poder jurisdicional do magistrado (COSTA & BARBOSA, 2022).

Sobre esse ponto, Costa e Barbosa (2022) afirmam que:

A vinculação à tipificação dada pelo autor, além de contrariar o entendimento majoritário em sede jurisprudencial, inclusive na esfera criminal, de que o réu defende-se dos fatos e não da capitulação legal, permite a decretação de nulidades por divergências interpretativas entre o Ministério Público e o juiz, mesmo quando não se vislumbra qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório.

A imposição da vinculação do magistrado à tipificação legal feita pelo autor da ação configura uma violação da independência do Poder Judiciário. Afinal, cabe ao magistrado a qualificação jurídica dos fatos narrados nos autos, e não há prejuízo ao contraditório e à ampla defesa que justifique essa restrição interpretativa. A vinculação deve ocorrer apenas em relação aos fatos delimitados no processo⁴, evitando-se decisões *extra petita*, mas sem impedir que o juiz realize sua atividade interpretativa e decisória conforme o livre convencimento motivado (MARINONI et. al., 2017).

O princípio do contraditório, como uma decorrência do devido processo legal, está ligado ao princípio democrático e exige a observância de duas garantias essenciais: (i) o direito de participação, que assegura às partes a ciência dos atos processuais e a possibilidade de se manifestarem sobre eles; e (ii) o direito de influência, que garante que a manifestação das partes possa efetivamente impactar o julgamento da causa (DIDIER JR., 2015).

Quando se limita indevidamente a atuação do magistrado na qualificação dos fatos, cria-se o risco de uma “decisão surpresa”, violando diretamente o contraditório e a ampla defesa. Assim, a modificação da tipificação jurídica pelo magistrado na sentença não compromete o devido processo legal, pois está

2 “Art. 17.

(...) § 10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial; (...)”

3 STJ – TESE 6 - Não há falar em julgamento *extra petita* nem em violação ao princípio da congruência na hipótese de decisão que enquadra o ato de improbidade administrativa em dispositivo diverso do indicado na inicial, pois a defesa atém-se aos fatos e o juiz define a sua qualificação jurídica. (SÉRIE III).

4 “(...) é indissociável que a eventual condenação perpassa o pleno exercício de defesa, de maneira que o demandado se defenderá dos fatos que forem apresentados pela parte autora e não da capitulação em si. PINTO, Fabrício José da Fonseca; PINTO E SILVA, Bruno. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa – interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social** (org. PAULINO, Galtienio da Cruz, et. al.). Salvador: Juspodivm, 2024, p. 362.

amparada na regra do livre convencimento motivado, conforme previsto no artigo 371 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Diante dessa problemática, sustenta-se a inconstitucionalidade da vinculação do magistrado à tipificação legal indicada pelo autor da ação. Dessa forma, é necessário permitir a aplicação analógica dos institutos da *emendatio libelli* (mesmos fatos, com diferente enquadramento jurídico) e da *mutatio libelli* (modificação dos fatos durante a instrução), nos termos dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal (QUEIROZ, 2022)⁵.

A interpretação literal dos dispositivos questionados, ao impor a vinculação do à capitulação jurídica inicialmente estabelecida pelo autor, compromete a independência funcional do magistrado, violando o princípio da congruência e prejudicando a efetividade do processo. A perda da eficácia jurídica desse instrumento processual compromete a adequada resolução do caso concreto, configurando, assim, uma violação ao direito fundamental anticorrupção, que exige do Estado uma atuação efetiva no combate à corrupção e na promoção da probidade na Administração Pública.

6. AS IMPLICAÇÕES DA VINCULAÇÃO DO JUIZ À CAPITULAÇÃO JURÍDICA DO AUTOR

A imposição da vinculação do juiz à tipificação legal feita pelo autor da ação configura uma violação da independência do Poder Judiciário (QUEIROZ, 2022). Ao retirar do magistrado a prerrogativa de realizar a qualificação jurídica dos fatos, a legislação compromete a função jurisdicional e gera insegurança jurídica.

Essa restrição inviabiliza a correta aplicação da lei aos casos concretos, limitando a atividade interpretativa do magistrado e impedindo o aprimoramento da jurisprudência em matéria de improbidade administrativa. A interpretação literal do artigo 17, § 10-F, inciso I, da Lei n.º 8.429/1992 pode resultar na anulação de sentenças por meras divergências na qualificação jurídica, mesmo quando os fatos e as provas indicam a ocorrência de atos ilícitos.

A jurisprudência pátria já consolidou o entendimento de que o réu se defende dos fatos narrados na petição inicial, e não da tipificação jurídica dada pelo autor da ação. Dessa forma, a imposição de uma vinculação rígida à classificação inicial contraria princípios fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa (GARCIA & ALVES, 2017).

.....

5 “Em decorrência dessas afirmações, entendemos como não legítima a previsão contida no art. 17, § 10-C, inciso I, uma vez que ela cria restrição não condizente com o ordenamento jurídico brasileiro. Tal dispositivo consegue ser mais rígido do que a própria sistemática da processualística penal, não sendo factível que tal formulação permaneça hígida em nossa sistemática normativa, sob pena de desnaturalização de toda a formulação elaborada em sede de temática da improbidade administrativa.” PINTO, Fabrício José da Fonseca; PINTO E SILVA, Bruno. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa – interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social** (org. PAULINO, Galtiênio da Cruz, et. al.). Salvador: Juspodivm, 2024, p. 363.

Diante desse cenário, torna-se necessária uma revisão legislativa que restabeleça a independência funcional do magistrado, garantindo que a decisão judicial seja fundamentada na realidade fática do caso e não em uma capitulação prévia e imutável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção compromete o desenvolvimento econômico, a justiça social e a confiança nas instituições públicas. Diante disso, a adoção de políticas rigorosas de combate à corrupção, aliadas ao fortalecimento dos mecanismos de integridade e à garantia da efetividade jurídica dos processos de responsabilização, é fundamental para consolidar o Estado Democrático de Direito.

As modificações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 impõem desafios à efetividade do combate à improbidade administrativa. A necessidade de preservar o princípio da congruência não pode comprometer a independência judicial, tampouco restringir o alcance das normas de responsabilização de agentes públicos.

Dessa forma, conclui-se que a luta contra a corrupção deve ser pautada em um equilíbrio entre o respeito às garantias processuais e a eficácia dos mecanismos de controle, garantindo a adequada punição dos atos ilícitos sem comprometer a segurança jurídica e a estabilidade institucional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre pedido e sentença. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, jul. 1996.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n.º 16, p. 247-268, jan./jun. 2017.

COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. **Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Almedina, 2022.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Corrupção: custos econômicos e proposta de combate. Disponível em: <<https://www.fiesp.com.br/arquivo-download>>. Acesso em: 2 jun. 2024.

FRIGINI, Flávia Spinassé. O princípio dispositivo (regra da congruência) examinado à luz da garantia constitucional do contraditório. **Revista Educação e Tecnologia**, v. 3, n.º 1, p. 84-93, mar./nov. 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Anelise Oliveira. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal: (re)construindo seu conteúdo a partir de uma exegese constitucional**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAULINO, Galtiênio da Cruz; GUALTIERI, Lucas de Moraes. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social**. Org. PAULINO, Galtiênio da Cruz, et al. Salvador: Juspodivm, 2024.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Leme: Mizuno, 2022.

PINTO, Fabrício José da Fonseca; PINTO E SILVA, Bruno. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social**. Org. PAULINO, Galtiênio da Cruz, et al. Salvador: Juspodivm, 2024.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Manual sobre Improbidade Administrativa**. Brasília: ID-i, 2022.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. **Corrupção e governo: causas, consequências e reformas**. Tradução Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020.

SOBRE O AUTOR

Galtiênio da Cruz Paulino: Doutor em Direito pela Universidade do Porto (Portugal) e mestre pela UCB. Mestrando em Administração Pública pela UnB. Pós-graduado em Ciências Criminais pelo UNIDERP e em Direito Público pela ESMPU. Bacharel em Direito pela UFPB. Professor da ESMPU. Procurador da República.

OS IMPACTOS DA TAXATIVIDADE DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N.º 8.429/1992

THE IMPACTS OF THE EXHAUSTIVENESS OF PRINCIPLE VIOLATIONS IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY: AN ANALYSIS OF THE NEW WORDING OF ARTICLE 11 OF LAW N.º 8.429/1992

Galtiênio da Cruz Paulino

Resumo: O artigo analisa criticamente os efeitos da redação conferida ao artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n.º 14.230/2021, que passou a adotar um rol taxativo de condutas que configuram violação aos princípios da Administração Pública. Parte-se do reconhecimento do direito fundamental anticorrupção como base para argumentar que a restrição interpretativa imposta pelo novo dispositivo compromete a eficácia da norma, a proteção da moralidade administrativa e o microsistema de responsabilização por atos ímprobos. Com base em uma abordagem constitucional e sistêmica, o trabalho defende a necessidade de interpretação conforme a Constituição para evitar retrocessos na proteção do interesse público e na efetividade dos mecanismos de controle da Administração Pública.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Princípios da Administração Pública. Taxatividade. Direito fundamental anticorrupção. Interpretação conforme a Constituição.

Abstract: *This article critically examines the effects of the new wording of Article 11 of the Brazilian Administrative Improbability Law (Law No. 8,429/1992), as amended by Law No. 14,230/2021, which established an exhaustive list of conducts that constitute violations of public administration principles. The analysis is based on the recognition of the anti-corruption right as a fundamental right, arguing that the restrictive interpretation imposed by the new provision undermines the effectiveness of the law, the protection of administrative morality, and the accountability system for misconduct. Adopting a constitutional and systemic approach, the study advocates for an interpretation consistent with the Constitution to prevent setbacks in public interest protection and the effectiveness of public administration oversight mechanisms.*

Keywords: *Administrative improbity; principles of public administration; exhaustiveness; fundamental anti-corruption right; interpretation in accordance with the Constitution.*

Sumário: Introdução; 1. Dos Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública; 2. A Taxatividade da Violação dos Princípios da Administração Pública e o Direito Fundamental Anticorrupção; 3. Os mandados internacionais de proteção e o direito fundamental anticorrupção; 4. Do conteúdo dos princípios; 5. Princípio da proporcionalidade e a proibição da proteção deficiente; 6. Da segurança jurídica; 7. Da *teratologia sistêmica* e a necessária interpretação conforme e holística do ordenamento jurídico; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Desde sua redação original, a Lei n.º 8.429/92 estruturou a tipificação dos atos de improbidade administrativa no Capítulo II, dividindo-os em três categorias: (i) atos que resultam em enriquecimento ilícito; (ii) atos que causam prejuízo ao erário; e (iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Essa organização, contudo, não esgota as possibilidades de atos ímprobos no ordenamento jurídico brasileiro, visto que outras legislações também preveem hipóteses de improbidade, como o art. 73, § 7º, da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/1997); o art. 52 do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001); o art. 32 da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011) e o art. 12 da Lei de Conflitos de Interesses (Lei n.º 12.813/2013). A vigência desses dispositivos foi reafirmada com a promulgação da Lei n.º 14.230/2021, que incluiu o § 1º ao art. 1º da Lei n.º 8.429/92, estabelecendo que “consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (BRASIL, 2021).

Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) adotou duas formas de tipificação distintas para os atos ímprobos. No *caput* de cada artigo, são apresentados conceitos jurídicos indeterminados que sintetizam o resultado lesivo correspondente (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação a princípios administrativos). Já nos incisos, são descritas situações concretas que exemplificam condutas que podem caracterizar.

A doutrina majoritária entende que o rol de condutas elencadas nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 é meramente exemplificativo, abrangendo as circunstâncias mais comuns que configuram os respectivos tipos de improbidade (ALVES & GARCIA, 2013). Esses dispositivos também auxiliam na interpretação dos conceitos indeterminados do *caput*. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme expresso no voto condutor do Recurso Especial (REsp) 1.275.469/SP, que, embora trate especificamente do art. 11, aplica-se analogamente aos arts. 9º e 10 (BRASIL, 2015).

No referido julgamento, o tribunal ressaltou que a tipificação dos atos de improbidade não se restringe aos incisos do art. 11, pois estes têm caráter exemplificativo, e não *numerus clausus*. O voto enfatizou que a parte final do *caput* do artigo já indicava que a violação aos princípios administrativos poderia ocorrer “notadamente” nas hipóteses previstas nos incisos, mas sem excluir outras condutas que atentem contra os mesmos princípios.

Alinhando-se a esse posicionamento, é evidente que seria utópico pretender abarcar, nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, todas as possíveis condutas ímprobas, especialmente diante da complexidade crescente das relações sociais e da evolução dos ilícitos administrativos. Como destaca a doutrina, estabelecer parâmetros gerais para assegurar a segurança jurídica é essencial, principalmente para aqueles que exercem funções públicas. Além disso, criar um rol fechado de condutas poderia ser contraproducente,

pois o comportamento humano, especialmente em contextos administrativos, é dinâmico e sujeito a constantes inovações (ALEXY, 2007).

Nesse sentido, a subsunção de um ato às situações abstratas previstas nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 pode minimizar a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre o desvalor da conduta, o nexo de causalidade e sua potencialidade lesiva, visto que esses aspectos já foram previamente ponderados pelo legislador (ALVES & GARCIA, 2013). No entanto, quando o enquadramento da conduta ocorre apenas com base no *caput*, torna-se indispensável a demonstração da sua adequação aos conceitos jurídicos indeterminados ali previstos.

Diante disso, qualquer análise dos tipos de improbidade administrativa deve levar em conta essas diretrizes interpretativas. No entanto, há divergências doutrinárias sobre a abertura ou o fechamento do rol de condutas previstas na LIA. Segundo Queiroz (2022), a redação original da Lei n.º 8.429/92 permitia a subsunção da conduta tanto ao *caput* quanto aos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, uma vez que o rol era aberto.

Com a reforma legislativa promovida pela Lei n.º 14.230/2021, os artigos 9º e 10 permaneceram com rol exemplificativo, enquanto o art. 11 passou a ter uma listagem taxativa (QUEIROZ, 2022). O legislador alterou sua redação, substituindo o termo “notadamente” pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”, estabelecendo, assim, um regime de *numerus clausus*. Dessa forma, atos que antes poderiam ser enquadrados no *caput* do art. 11 agora só podem ser considerados improbidade administrativa se corresponderem estritamente a uma das condutas previstas nos incisos do artigo (QUEIROZ, 2022).

Este artigo analisa se as condutas descritas nos incisos do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92 possuem caráter exaustivo, ou seja, se a violação de princípios da Administração Pública no contexto da improbidade administrativa está restrita exclusivamente às hipóteses expressamente previstas nesse dispositivo. Além disso, são examinados os possíveis problemas decorrentes dessa interpretação, especialmente no que tange à proteção dos princípios administrativos.

1. DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a redação estabelecida pela Lei n.º 14.230/2021, o artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, que trata da tipificação dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, passou a dispor em seu *caput* que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas” (BRASIL, 2021).

Essa nova redação possibilita a interpretação de que os atos que violam princípios da Administração Pública no âmbito da improbidade administrativa se limitam ao rol de condutas elencadas nos incisos do referido artigo, assumindo, assim, um caráter exaustivo. Tal conclusão, entretanto, contraria a natureza normativa dos princípios, o microssistema de combate à corrupção, o sistema de improbidade administrativa, o ordenamento jurídico internacional voltado ao direito anticorrupção e a própria Constituição Federal, especialmente no que concerne à proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos (SARLET, 2007).

A incorporação dos princípios a um ordenamento jurídico visa proporcionar flexibilidade e adequabilidade às normas diante das dinâmicas sociais, que estão em constante mutação. Isso se deve ao fato de que é impossível prever todas as condutas socialmente inadequadas. Assim, os princípios, enquanto valores fundamentais para a organização da sociedade, devem ser sempre observados na atuação de indivíduos, sejam agentes públicos ou privados (ALEXY, 2007).

Ao prever, no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, um conjunto de princípios a serem respeitados no âmbito da Administração Pública, o constituinte buscou estabelecer “preceitos que permitissem a imediata subsunção e consequente coibição de todos os atos que violassem os princípios condensadores dos deveres básicos dos agentes públicos” (GARCIA & ALVES, 2017, p. 412). Isso ocorre diante da impossibilidade de listar exaustivamente todas as condutas que podem caracterizar ilícitos praticados por agentes públicos.

O próprio rol de princípios previsto no artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, mesmo antes da modificação promovida pela Lei n.º 14.230/2021, já era interpretado como exemplificativo. Isso se deve ao fato de que o legislador infraconstitucional não pode restringir a base principiológica e axiológica estabelecida na Constituição Federal (GARCIA & ALVES, 2017).

A relevância dos princípios da Administração Pública no combate à improbidade administrativa pode ser evidenciada pelo alto número de condenações fundamentadas na violação desses preceitos¹. O princípio da moralidade, por exemplo, serve como o pilar central do sistema de proteção à probidade, orientando os demais princípios. Dessa forma, a Administração Pública deve pautar-se por valores como honestidade e lealdade, independentemente de uma previsão normativa específica para cada conduta ímproba.

Em 24 de outubro de 2023, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o agravo regimental no recurso extraordinário com agravo (ARE 1346594 – AgR), afirmou ser taxativo o rol de condutas do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, conforme as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021. A decisão estabeleceu que “as condutas praticadas pelos réus, nos estritos termos em que descritas no arresto

.....

1 Dados levantados pelo Instituto Não Aceito Corrupção após pesquisa no banco de dados do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<http://naoaceito-corruptao.org.br/2017/radiografia/radiografia/tipos-de-improbidade/>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

impugnado, não guardam correspondência com qualquer das hipóteses previstas na atual redação dos incisos do art. 11 da Lei n.º 8.429/1992” (BRASIL, 2023).

De forma semelhante, em 27 de setembro de 2024, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu na mesma linha, ao julgar o agravo interno no Agravo em Recurso Especial n.º 12066630 – SP. O entendimento da taxatividade do artigo 11 também foi reiterado no RE 1357060 AgR do Supremo Tribunal Federal, estando pendente de análise definitiva no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7236/DF. O relator, ministro Alexandre de Moraes, já proferiu voto favorável à constitucionalidade do dispositivo, aguardando-se, contudo, a conclusão do julgamento após o pedido de vista do ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2024).

2. A TAXATIVIDADE DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa, desde sua origem, estruturou um verdadeiro sistema de proteção ao princípio republicano (CABRAL, 2017), atuando de forma conjunta com outras esferas jurídicas, como o direito penal, cível e administrativo. Assim, esse diploma normativo passou a integrar o microssistema de proteção à moralidade administrativa, voltado à defesa do interesse público.

A possibilidade de responsabilização do agente público em diferentes esferas pela prática de ilícitos contra a Administração Pública decorre da necessidade de garantir a efetividade do dever jurídico de atuar em prol do interesse público (GARCIA & ALVES, 2017). Esse microssistema antecede a Constituição de 1988 e se insere em um contexto mais amplo de combate à corrupção, alinhando-se a tratados internacionais que reconhecem o “direito anticorrupção” como um direito fundamental (PINHEIRO & ZIESEMER, 2022).

Os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 possuem um caráter material aberto, conforme o artigo 5º, § 2º, estando positivados em diversas partes do texto constitucional, além de se manifestarem em tratados internacionais ou mesmo de forma implícita em outros dispositivos normativos. Conforme destaca Sarlet (2007), os direitos fundamentais não formam um sistema lógico-dedutivo autônomo e autossuficiente, mas, sim, um sistema flexível e integrado à ordem constitucional, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos.

A concepção do direito anticorrupção como um direito fundamental impõe a necessidade de sua proteção tanto formal quanto materialmente. Em termos formais, sua existência decorre da Constituição, conferindo-lhe aplicabilidade imediata e maior rigidez quanto à sua modificação. Já sob o aspecto material, esse direito se insere na base formadora do Estado, podendo estar previsto em normas infraconstitucionais sem necessidade de previsão expressa na Constituição.

Ademais, os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Enquanto a primeira se refere à sua função de garantia individual contra abusos do poder público, a segunda está ligada à sua influência normativa sobre todo o ordenamento jurídico, orientando a atuação dos poderes constituídos (SARLET, 2007). No contexto do direito fundamental anticorrupção, a dimensão objetiva assume maior relevância, dada a redução da proteção promovida pela redação do artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992 após a Lei n.º 14.230/2021, ao estabelecer um rol taxativo de condutas que violam princípios da Administração Pública.

A corrupção representa um dos maiores desafios para o Estado brasileiro. Segundo estudos da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP, 2010), o custo médio anual da corrupção no Brasil em 2009 foi estimado em R\$ 41,5 bilhões. Essa realidade reforça a importância de um sistema normativo que garanta a efetividade do direito fundamental anticorrupção, evitando interpretações restritivas que comprometam a eficácia das normas de proteção à probidade.

Dessa forma, restringir a proteção dos princípios administrativos por meio da tipificação taxativa das condutas que os violam enfraquece a Constituição Federal e compromete a defesa do interesse público. O poder público tem o dever de extrair a máxima eficácia das normas que consagram os direitos fundamentais, garantindo que a Administração Pública atue de maneira íntegra e alinhada com os valores republicanos (SARLET, 2007).

3. OS MANDADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO

A concepção de direitos e obrigações enraizada nos Estados é atualmente caracterizada pela defesa dos direitos fundamentais e, sob um viés internacional, dos direitos humanos. Estes se fundamentam na necessidade de garantir um mínimo existencial de proteção à dignidade da pessoa humana, de modo a assegurar sua efetiva tutela.

Nesse contexto, observa-se uma expansão quantitativa do Direito Internacional, com o aumento da produção de tratados, e uma ampliação qualitativa, expressa na fixação de entendimentos por organismos internacionais, como as Cortes Internacionais. Tais instâncias estabelecem diretrizes para os Estados, independentemente da previsão normativa em seus ordenamentos nacionais. Essa influência se faz ainda mais presente no campo dos direitos humanos, pois o Direito Internacional dos Direitos Humanos visa “garantir o exercício dos direitos da pessoa humana” (PIOVESAN, 2013, p. 78).

No âmbito interno, conforme destaca Piovesan (2013), a proteção internacional aos direitos humanos pode ser incorporada por meio da adoção de tratados que: (i) reproduzam direitos já assegurados na Constituição; (ii) inovem o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou (iii) contrariem

preceitos constitucionais. Assim, deve-se sempre optar pela previsão normativa que proporcione maior proteção aos direitos humanos.

A tutela dos direitos fundamentais, ou direitos humanos, é promovida por diversas esferas do Direito, incluindo a improbidade administrativa, a qual deve atuar de modo a assegurar a máxima proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade, especialmente o direito fundamental anticorrupção. Tal proteção exige a adoção de normas-regras e normas-princípios que viabilizem esse objetivo. As normas-regras possuem conteúdo definido e tipicidade fechada, enquanto as normas-princípios apresentam tipicidade aberta, devendo ser interpretadas conforme o caso concreto. Dessa forma, a imposição de previsões taxativas pode resultar na violação dos direitos das vítimas, ao estabelecer uma proteção deficiente ao direito anticorrupção (ALEXY, 2007).

Nesse sentido, Cançado Trindade (1999) afirma que “o dever dos Estados de investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos encontra-se relacionado com o dever de prover reparações devidas às vítimas de tais violações”. Assim, a defesa e a proteção eficaz dos direitos fundamentais e dos direitos humanos são essenciais para garantir os direitos das vítimas, estando essa obrigação consagrada em diversos tratados internacionais.

A prática de condutas ímprobas viola o direito fundamental da sociedade ao combate à corrupção, o que impõe a necessidade de reparação, considerando que “os direitos humanos se concretizam em oposição ao Estado, mas também por meio do Estado” (PIOVESAN, 2013, p. 94).

4. DO CONTEÚDO DOS PRINCÍPIOS

O reconhecimento do direito anticorrupção como direito fundamental confere a ele proteção constitucional. No âmbito da improbidade administrativa, esse direito se materializa como regra ou como princípio, o que impacta diretamente a previsibilidade das condutas vedadas, especialmente no que diz respeito à tipicidade das infrações relacionadas ao dever de probidade na Administração Pública.

Os direitos fundamentais, enquanto conjunto de prerrogativas que garantem a existência dos indivíduos em sociedade, devem ser protegidos de maneira holística. Contudo, nenhum ordenamento jurídico é capaz de solucionar todas as controvérsias apenas por meio da subsunção do fato à norma. Como destaca Alexy (2007), existe uma necessária abertura no Direito que admite “a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas sobre as quais a decisão possa se apoiar, e a possibilidade de, em casos especiais, decidir contra o texto de uma norma”.

A solução para essas lacunas ocorre por meio do argumento de princípio e da tese do caso especial. O argumento de princípio distingue regras e princípios. Enquanto as regras são normas definitivas que determinam, proíbem ou permitem condutas de maneira categórica, os princípios se baseiam em

um “dever ideal”, sendo normas de otimização que devem ser aplicadas na maior medida possível conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 2007).

A fundamentalidade de um direito depende da necessidade de sua proteção pelo ordenamento jurídico. Conforme destaca Alexy (2007), um direito é considerado fundamental quando sua observância é essencial para a preservação do sistema jurídico.

Como todo princípio é válido, a solução de conflitos entre princípios envolve a “dimensão do peso”, de modo que, nos princípios, o grau de incidência varia, e “para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a incidência de um ou de ambos os princípios” (SILVA, 2003, p. 630). Assim, diferentemente das regras, os princípios não possuem conteúdo previamente fixado, pois sua aplicação depende das circunstâncias concretas.”

5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Os princípios não possuem obrigações definitivas, mas apenas *prima facie*. Seu âmbito de incidência não é previamente determinado, sendo definido por meio de um juízo de ponderação. Como consequência, não é possível prever todas as formas de violação de um princípio, especialmente quando este possui *status* de direito fundamental.

Em razão de seu caráter constitucional, os direitos fundamentais só podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou por normas infraconstitucionais cuja criação seja autorizada pela Constituição (ALEXY, 2007). As restrições infraconstitucionais só são admissíveis quando expressamente autorizadas pelo texto constitucional. Nesse contexto, surgem as chamadas restrições indiretamente constitucionais.

A proporcionalidade se manifesta por meio de três critérios: (i) idoneidade; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Esses critérios garantem a otimização dos direitos fundamentais. Conforme aponta Ramos (2006), “os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos”.

Dessa forma, o Estado deve garantir tanto o respeito aos direitos fundamentais quanto sua proteção ativa, incluindo a obrigação de punir todas as violações a esses direitos. A ponderação dos direitos fundamentais deve ocorrer de maneira que a proteção desses direitos seja maximizada, sem comprometer sua essência.

6. DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um elemento essencial para a estabilidade do ordenamento jurídico. Conforme Ávila (2021), a segurança jurídica ultrapassa “a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social”, garantindo previsibilidade e confiabilidade às normas.

No contexto da improbidade administrativa, as normas devem proporcionar estabilidade e previsibilidade às consequências jurídicas dos atos administrativos. A segurança jurídica, nesse sentido, deve ser compreendida tanto em seu aspecto estático, relacionado à cognoscibilidade das normas, quanto em seu aspecto dinâmico e intertemporal, vinculado à confiabilidade e à estabilidade das mudanças normativas.

A redução protetiva dos princípios (valores) de uma sociedade fere as expectativas do cidadão de confiança no respeito e na proteção dos valores vigentes. Reduções protetivas só podem acontecer em contextos de mudança conjuntural. A redução em questão afeta também a calculabilidade das normas, ou seja, o alto grau de capacidade de as pessoas preverem as consequências jurídicas de atos ou fatos em face dos princípios a serem respeitados na seara da Administração.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Assim, a adoção de previsões taxativas para a proteção dos princípios administrativos contraria a própria lógica do ordenamento constitucional, na medida em que reduz a tutela de valores fundamentais essenciais à Administração Pública.

7. DA TERATOLOGIA SISTÊMICA E A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONFORME E HOLÍSTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Direito Administrativo Sancionador, que fundamenta a atuação regulatória e punitiva no âmbito da improbidade administrativa, tem suas raízes no contexto político europeu da segunda metade do século XIX. Nesse período, buscou-se diferenciar os ilícitos penais dos ilícitos administrativos, reservando ao Direito Penal a punição das infrações mais graves (OLIVEIRA, 2012). Como consequência, após a Revolução Francesa, ocorreu a tendência de criminalização das infrações administrativas.

Após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma nova tendência de descriminalização de diversas condutas, fortalecendo o Direito Administrativo Sancionador, que passou a abarcar infrações anteriormente tratadas como crimes. Esse movimento consolidou a ideia de que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, isto é, apenas para infrações de maior gravidade (OLIVEIRA, 2012). Nesse cenário, o Direito Administrativo Sancionador emergiu na Alemanha como uma resposta à excessiva expansão do Direito Penal.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 37, que “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” (BRASIL, 1988). Esse dispositivo estabelece princípios fundamentais a serem observados por todos os agentes públicos no exercício de suas funções.

A materialização da incidência desses princípios ocorre por meio da regulamentação infraconstitucional, que especifica as situações em que tais princípios são violados e prevê as respectivas punições. No âmbito da improbidade administrativa, coube à Lei n.º 8.429/1992 regulamentar essa proteção, especialmente em seu artigo 11, que tipifica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. Com a promulgação da Lei n.º 14.230/2021, esse dispositivo foi alterado, passando a prever que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas” (BRASIL, 2021).

A substituição do termo “notadamente”, presente na redação anterior, pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas” reforça a interpretação de que o legislador estabeleceu um rol taxativo de situações que configuram improbidade administrativa, reduzindo, assim, a proteção da probidade administrativa.

No entanto, a atuação da Administração Pública deve estar sempre pautada pelo interesse público, princípio consagrado constitucionalmente (BRASIL, 1988). A violação de qualquer dos princípios da Administração Pública não configura apenas um descumprimento de normas infraconstitucionais, mas também um desrespeito direto à Constituição. Assim, toda conduta que viole princípios administrativos deve ser considerada ato de improbidade, de modo a garantir a proteção do interesse público conforme o princípio da proibição da proteção deficiente.

O princípio da proibição da proteção deficiente impõe a adoção de um padrão mínimo de proteção ao interesse público, sendo dever do intérprete verificar se determinada atuação estatal, por ação ou omissão, compromete essa proteção. A defesa dos interesses da sociedade deve ocorrer tanto na elaboração das normas quanto na sua aplicação, garantindo que a Administração Pública observe integralmente os princípios que a regem.

A interpretação do artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992 como um rol taxativo de condutas passíveis de punição contraria a Constituição Federal, pois é impossível listar exaustivamente todas as infrações aos princípios administrativos. Um exemplo clássico envolve o princípio da legalidade: se um agente público violar normas legais que não estejam expressamente previstas nos incisos do artigo 11, isso não configuraria improbidade administrativa? Tal lacuna gera um cenário de impunidade, permitindo que condutas flagrantemente ilegais sejam desconsideradas na esfera da improbidade.

Essa limitação pode levar a uma *teratologia sistêmica*, na qual uma mesma conduta pode ser considerada crime, mas não ato de improbidade administrativa, mesmo que a improbidade administrativa seja, em tese, uma esfera de punição menos gravosa do que a criminal. O Direito Penal, por ser *ultima ratio*, deve atuar apenas quando não houver outros mecanismos eficazes de proteção jurídica (MASSON, 2017).

O princípio da intervenção mínima orienta que a criminalização de uma conduta só deve ocorrer quando indispensável à proteção de determinado bem jurídico. Dessa forma, uma infração não deve ser considerada crime se puder ser satisfatoriamente regulada por outras esferas do Direito, como a improbidade administrativa. Esse princípio está ligado aos postulados da fragmentariedade e da subsidiariedade, que determinam que o Direito Penal deve ser acionado apenas quando os demais ramos do ordenamento jurídico se mostrarem insuficientes.

A adoção de um rol taxativo no artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992 cria uma contradição sistêmica, pois possibilita que certas condutas sejam puníveis apenas na esfera criminal, ignorando a improbidade administrativa como forma de proteção intermediária entre o ilícito administrativo e o crime. Isso viola a unidade do sistema jurídico, que deve ser coerente e articulado em suas diferentes esferas (CANARIS, 2002).

O microsistema de proteção ao princípio republicano, no qual a Lei de Improbidade Administrativa está inserida, deve refletir e proteger os valores sociais, permitindo a responsabilização de condutas ímprobas independentemente da existência de uma lista taxativa. A proteção da moralidade administrativa exige flexibilidade na interpretação das normas, pois os princípios administrativos não podem ser reduzidos a um rol fechado de condutas típicas (PIOVESAN, 2013).

O exemplo mais evidente dessa possível *teratologia sistêmica* é a revogação do inciso I do artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, que anteriormente enquadrava crimes como assédio moral ou sexual, fraude processual e advocacia administrativa como improbidade administrativa. Com essa revogação, essas condutas passaram a ser atípicas na esfera da improbidade, criando um vácuo normativo na proteção dos princípios da Administração.

A violação à unidade do sistema ocorre também dentro do próprio artigo 11, uma vez que seu parágrafo 2º admite a existência de outros atos de improbidade previstos em leis especiais. Isso demonstra que o próprio dispositivo reconhece que a improbidade administrativa não pode ser limitada a um rol fechado de condutas (BRASIL, 2021).

Além disso, a interpretação conforme a Constituição exige que normas infraconstitucionais sejam compatibilizadas com os valores e princípios fundamentais. Esse princípio impõe que, entre as interpretações possíveis, deve-se adotar aquela que melhor realize os mandamentos constitucionais, garantindo a efetividade do Direito (BARROSO, 2010).

A exigência de “lesividade relevante ao bem jurídico tutelado”, conforme previsto no parágrafo 4º do artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, também apresenta dificuldades interpretativas. Como definir “lesividade relevante” no caso de princípios administrativos? No campo da improbidade administrativa, a lesão ao bem jurídico tutelado é presumida, pois a moralidade e a legalidade na Administração Pública são valores essenciais que devem ser protegidos independentemente do impacto econômico direto da infração.

Portanto, limitar a proteção da moralidade administrativa a um rol taxativo de condutas não apenas viola a Constituição, mas também compromete a unidade e coerência do ordenamento jurídico. A improbidade administrativa não pode ser tratada como *ultima ratio*, pois sua função é justamente evitar que condutas ilícitas fiquem impunes até o ponto de demandar intervenção penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei n.º 14.230/2021, trouxe significativas mudanças na tipificação dos atos de improbidade, especialmente no que tange à taxatividade das condutas previstas no artigo 11. A substituição do termo “notadamente” pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas” restringiu a aplicação do dispositivo, limitando a proteção dos princípios da Administração Pública. Essa alteração tem implicações diretas na eficácia do combate à corrupção, na responsabilização dos agentes públicos e na interpretação do próprio ordenamento jurídico.

A análise desenvolvida neste artigo demonstrou que a fixação de um rol exaustivo de condutas ímprobas pode comprometer a efetividade dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, sobretudo o princípio da moralidade. Além disso, a restrição imposta pelo legislador contraria a natureza dinâmica dos princípios administrativos, que exigem uma interpretação flexível e adaptável às transformações sociais e institucionais.

Diante desse cenário, a interpretação conforme a Constituição se apresenta como um mecanismo essencial para mitigar os impactos negativos da nova redação do artigo 11 da LIA. Ao considerar a totalidade do sistema jurídico e a necessidade de garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, a hermenêutica constitucional pode contribuir para que a norma seja aplicada de forma a não comprometer a proteção ao interesse público e a integridade da Administração.

Por fim, é imprescindível que a jurisprudência e a doutrina continuem a debater os efeitos dessa mudança legislativa, garantindo que a improbidade administrativa não seja reduzida a um conceito rígido e limitado. O fortalecimento dos mecanismos de controle e a preservação dos princípios administrativos são fundamentais para assegurar a transparência e a eficiência na gestão pública, evitando retrocessos no combate à corrupção e na proteção do patrimônio público.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 mar. 2025.
- BRASIL. **Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em casos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 mar. 2025.
- BRASIL. **Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 mar. 2025.
- BRASIL. STJ. **Recurso Especial (REsp) 1.275.469/SP**, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão: Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma. Maioria, DJe 9/3/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 13465594/SP**. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 mar. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7236/DF**. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 mar. 2025.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n.º 16, p. 247-268, jan./jun. 2017.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito do Sistema no Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado). USP, 2012.
- MASSON, Cleber. **Direito penal**. v. 1. 11.ed. São Paulo: Método, 2017.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova de Lei de Improbidade Administrativa comentada**. Leme: JH Mizuno, 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Manual sobre Improbidade Administrativa**. Brasília: ID-i, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências**, v. 62, 2006, p. 9-55.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, vol. 1, 2003, pp. 607-630.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SOBRE O AUTOR

Galtiênio da Cruz Paulino: Doutor em Direito pela Universidade do Porto (Portugal) e mestre pela UCB. Mestrando em Administração Pública pela UnB. Pós-graduado em Ciências Criminais pelo UNIDERP e Em Direito Público pela ESMPU. Bacharel em Direito pela UFPB. Professor da ESMPU. Procurador da República.

REGIME DE SANÇÃO NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA: PERSPECTIVAS GARANTISTAS E TELEOLÓGICAS DO ART. 4º, § 7º, DA LEI N.º 12.850/2013

SANCTION REGIME IN COOPERATION AGREEMENTS: GARANTIST AND TELEOLOGICAL PERSPECTIVES ON ARTICLE 4, § 7º, OF LAW NO. 12,850/2013

Galtieno da Cruz Paulino

Resumo: O artigo analisa o conteúdo e os limites interpretativos do art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n.º 12.850/2013, especialmente quanto à possibilidade de pactuação de regimes de cumprimento de sanção mais benéficos ao colaborador no âmbito dos acordos de colaboração premiada. Com base em uma abordagem garantista e teleológica, defende-se que a leitura literal do dispositivo compromete a lógica premial do instituto e viola princípios constitucionais como o favor rei, a proporcionalidade, a isonomia e a individualização da pena. Com base na doutrina, na jurisprudência e nos fundamentos do Direito Premial, o estudo conclui pela viabilidade jurídica da flexibilização do regime de cumprimento da pena em benefício do colaborador, desde que observados os limites constitucionais e o interesse público. Propõe-se, assim, uma interpretação sistêmica e finalística do instituto, compatível com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Garantismo penal. Regime de cumprimento. Direito premial. Interpretação teleológica.

Abstract: *This article examines the scope and interpretative boundaries of Article 4, §7, item II, of Law No. 12,850/2013, particularly regarding the possibility of negotiating more lenient sanction regimes for cooperating defendants under cooperation agreement. Adopting a garantist and teleological perspective, the article argues that a literal interpretation of the provision undermines the incentive-based nature of the institute and violates constitutional principles such as favor rei, proportionality, equality, and individualized sentencing. Based on legal doctrine, case law, and the foundations of Reward-Based Criminal Law, the study concludes that flexible sentencing terms are legally admissible when constitutionally compliant and aligned with the public interest. It advocates for a systemic and purposive interpretation of cooperation agreement within the framework of the Democratic Rule of Law.*

Keywords: *Cooperation agreement. Criminal garantism. Sentencing regime. Reward-based law. Teleological interpretation.*

Sumário: Introdução; 1. Garantismo Penal e a Proteção dos Direitos Fundamentais: Uma Abordagem Aplicada à Colaboração Premiada; 2. Garantismo e sua Aplicação ao Estado Democrático de Direito; 3. As Três Acepções do Garantismo; 4. O Regime de Cumprimento da Sanção nos Acordos de Colaboração Premiada: Uma Abordagem Teleológica e Sistêmica; 5. Interpretação Sistêmica e Teleológica das previsões normativas sobre a Colaboração Premiada; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 12.850/2013, em seu art. 3º-A, com a redação conferida pela Lei n.º 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, estabelece que a colaboração premiada se configura como um negócio jurídico processual e um meio de obtenção de prova. Além desses enquadramentos, trata-se de um instituto de direito premial que possibilita ao colaborador, ao contribuir de maneira efetiva para a persecução penal, obter benefícios jurídicos proporcionais à relevância de sua cooperação.

A Lei n.º 13.964/2019 introduziu no art. 4º da Lei n.º 12.850/2013 o § 7º, inciso II, segundo o qual são nulas as cláusulas do acordo de colaboração premiada que estabeleçam sanções em desacordo com os regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal. O dispositivo normativo dispõe:

(...) violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo. (BRASIL, 2013).

Uma interpretação estritamente literal dessa norma levaria à conclusão de que o regime de cumprimento das penas pactuadas em um acordo de colaboração premiada deve obrigatoriamente seguir as disposições gerais do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Assim, qualquer cláusula que estabeleça um regime de cumprimento diverso — ainda que em benefício do colaborador — poderia ser considerada nula.

Contudo, essa leitura rígida entra em conflito com a própria finalidade da colaboração premiada. Como instituto de direito premial, sua essência está na concessão de benefícios ao colaborador como contrapartida à sua cooperação eficaz com a persecução penal. Portanto, a aplicação desse dispositivo deve ser interpretada de modo a harmonizar sua redação com os princípios que fundamentam o instituto, tanto no âmbito do direito penal quanto do direito processual penal.

Dessa forma, torna-se necessária uma abordagem interpretativa que vá além da literalidade do texto normativo, adotando uma perspectiva teleológica e garantista. A colaboração premiada não deve ser analisada de maneira isolada, mas sim dentro do contexto normativo que a regula, sempre considerando os direitos e as garantias fundamentais do colaborador. Uma leitura mais restritiva, que impeça a concessão de regimes de cumprimento mais benéficos do que os previstos nas normas gerais, poderia esvaziar o caráter incentivador do instituto e comprometer sua efetividade.

Nesse sentido, o presente estudo propõe uma análise crítica da referida disposição normativa, buscando uma interpretação que melhor se alinhe ao garantismo penal e ao caráter premial da colaboração premiada. Para tanto, inicialmente, será apresentada uma contextualização sobre o garantismo penal e sua relevância na interpretação do art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n.º 12.850/2013. Defende-se que

não há impedimento para a pactuação de regimes de cumprimento de pena mais favoráveis do que os previstos na legislação penal, desde que tais disposições estejam em conformidade com os objetivos do instituto.

Na sequência, é realizada uma análise interpretativa do dispositivo à luz de uma visão holística do sistema colaborativo, considerando seus princípios estruturantes e sua natureza jurídica de negócio jurídico processual. Para alcançar esse objetivo, a pesquisa adota uma abordagem exploratória, com base na análise doutrinária, jurisprudencial e normativa sobre o tema, a fim de consolidar uma interpretação mais condizente com os fundamentos do direito premial e com a efetividade da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

1. GARANTISMO PENAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM APLICADA À COLABORAÇÃO PREMIADA

A restrição das liberdades deve ser compreendida num contexto de limitação mínima dos direitos individuais. No âmbito penal, essa concepção deu origem ao denominado Direito Penal liberal, estruturado principalmente para a proteção de bens jurídicos individuais, sendo esse o contexto inicial em que se fundamentou o garantismo penal.

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli (2014) surgiu no contexto do desenvolvimento dos direitos fundamentais, consolidando-se como um sistema destinado à proteção desses direitos, historicamente violados por regimes autoritários e ditatoriais. Sua concepção representa um avanço significativo nas políticas criminais, delineando-se como uma resposta às atrocidades cometidas em períodos anteriores. Essa evolução jurídica pode ser observada pelas influências das escolas positivistas italiana e francesa, que desempenharam papel fundamental na construção do pensamento garantista (ESCOLAS POSITIVAS, 2012).

O termo “garantismo” origina-se da ideia de garantias, compreendidas como os direitos e os limites à punição estabelecidos pela Constituição de um país. Na perspectiva de Ferrajoli, no entanto, essas garantias envolvem um dilema fundamental: o embate entre o poder punitivo do Estado e a liberdade individual. A Teoria do Garantismo Penal, por ele desenvolvida, propõe um equilíbrio entre esses dois polos, buscando evitar tanto o arbítrio estatal quanto a impunidade (ESCOLAS POSITIVAS, 2012).

Inicialmente, o garantismo penal surgiu como uma reação à política antiterrorismo adotada na Itália e na Espanha, sendo influenciado por valores próprios do Estado Liberal, como a ênfase na liberdade individual e na contenção da atuação estatal sobre o cidadão. Assim, o garantismo fundamentou-se na necessidade de racionalidade e justiça no exercício do poder punitivo, conferindo maior proteção aos direitos do acusado no processo penal.

Diante dessa concepção, consolidou-se um conjunto de garantias processuais voltadas à tutela da liberdade individual, assegurando ao réu um processo penal justo, fundamentado na dignidade da pessoa humana e no princípio da presunção de inocência.

2. GARANTISMO E SUA APLICAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sob uma perspectiva sociopolítica, o garantismo penal vincula-se diretamente ao modelo democrático de aplicação do Direito, ao exigir que todas as formas de poder sejam submetidas à legalidade (FERRAJOLI, 2014). O surgimento dessa concepção está relacionado às crises de legalidade enfrentadas pelo Estado Social e pelo Estado-Nação, que resultaram em crises democráticas. Nesse contexto, o garantismo configura-se como um mecanismo essencial para coibir violações de direitos fundamentais praticadas por autoridades públicas (PORTALES, 2007).

Em sua concepção inicial, o garantismo apresenta-se como um instrumento de defesa dos direitos individuais ante potenciais abusos cometidos pelo próprio Estado ou por terceiros (GASCÓN, 2005). Ferrajoli (2014) enfatiza que a introdução de garantias no sistema jurídico visa assegurar a paz e os direitos humanos, e não simplesmente fortalecer a democracia. Nesse sentido, o investigado ou réu deixa de ser tratado como objeto da persecução penal e passa a ser reconhecido como sujeito de direitos, possuindo um conjunto de garantias individuais que devem ser respeitadas ao longo da instrução processual.

Do ponto de vista evolutivo, o garantismo busca estabelecer um equilíbrio entre duas concepções opostas:

1. A perspectiva penal minimalista, que preconiza a restrição máxima do poder punitivo do Estado.
2. A doutrina da defesa social, que inclui políticas repressivas, como o movimento da “lei e da ordem” e a política da tolerância zero.

Essa última abordagem, caracterizada pelo endurecimento penal, muitas vezes gera um cenário de desproporcionalidade entre a infração cometida e a punição aplicada. Um exemplo emblemático dessa perspectiva é a teoria das janelas quebradas, segundo a qual pequenas infrações, se toleradas, podem resultar no aumento da criminalidade mais grave (SCHECAIRA, 2009).

Atualmente, no contexto do Estado Social e Democrático de Direito, o garantismo se apresenta como uma alternativa ao extremismo penal, seja ele caracterizado pela abolição da repressão ou pelo punitivismo excessivo e desproporcional. No campo criminal, a premissa central do garantismo é a efetivação e o respeito aos direitos fundamentais, conforme expõe Rui Pinheiro (2007, p. 17):

Mais importante do que saber se o processo penal respeita e tutela os direitos fundamentais (mais importante que os respeite e tutela), estabelecidos na Constituição, é indagar se aquele corresponde às exigências de uma sociedade que se pretende edificar e harmonizar com o conceito de Estado, a que incumbirá a ‘substancialização’ de tais direitos.

3. AS TRÊS ACEPÇÕES DO GARANTISMO

Ferrajoli (2014, p. 847) apresenta três acepções distintas para o garantismo:

1. Modelo normativo de direito: sob um enfoque político, o garantismo busca minimizar a violência e maximizar a liberdade (FISCHER, 2015). No âmbito jurídico, trata-se de um sistema de proteção dos direitos dos cidadãos perante o poder punitivo do Estado.
2. Separação entre validade e efetividade da norma: Ferrajoli distingue a validade de uma norma da sua vigência e aplicabilidade prática. Essa distinção também remete à diferença entre o ser e o dever-ser (FERRAJOLI, 2014).
3. Filosofia política e jurídica: o garantismo impõe ao Direito e ao Estado a obrigação de justificar externamente suas normas, conforme os bens jurídicos protegidos e os interesses tutelados (FISCHER, 2015). Nesse contexto, Ferrajoli propõe uma nova concepção de democracia, que se desdobra em:
 - Democracia formal, relativa ao processo de tomada de decisões políticas.
 - Democracia substancial, voltada à proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Quando nos deparamos com colaboração premiada, deve-se entender que o colaborador, que também figura como acusado, deve ter resguardados seus direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, deve-se assegurar interpretações jurídicas que lhe sejam favoráveis, pautadas no princípio do favor rei, que privilegia a liberdade do indivíduo em face do poder punitivo estatal.

Portanto, não há impedimento jurídico para que, em um acordo de colaboração premiada, sejam pactuados regimes de cumprimento de sanção mais benéficos do que aqueles previstos na legislação penal. Essa interpretação do ordenamento deve priorizar uma visão garantista do sistema, alinhada com os princípios do Estado Democrático de Direito, onde a liberdade individual é um valor central.

4. O REGIME DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ABORDAGEM TELEOLÓGICA E SISTÊMICA

O art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n.º 12.850/2013 estabelece a nulidade das cláusulas de um acordo de colaboração premiada que fixem um regime de cumprimento de sanção em desacordo com o critério de definição do regime inicial de pena do art. 33 do Código Penal, as regras previstas na própria Lei Penal e na Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984), bem como os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º do mesmo artigo. Um exemplo de regime que, em tese, violaria essa previsão normativa seria a fixação de regime domiciliar diferenciado.

No entanto, o regime de cumprimento de pena previsto no Código Penal e na Lei de Execução Penal possui natureza jurídica mista, abrangendo tanto normas de direito material (penal) quanto normas de direito processual (CHOUKR, 2009). Esse caráter híbrido implica que tais dispositivos podem ser interpretados restritivamente, sempre que essa interpretação favorecer o acusado, seja ele condenado ou colaborador.

A aplicação do Direito Penal moderno, especialmente no contexto da colaboração premiada, exige que normas penais puras ou mistas possam ter seu alcance restrito quando essa interpretação for benéfica ao indivíduo. Dessa forma, é juridicamente admissível que o regime de cumprimento de pena fixado em acordos de colaboração premiada seja mais favorável ao colaborador, considerando a natureza premial do instituto.

5. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DAS PREVISÕES NORMATIVAS SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA

O Direito deve ser compreendido como um sistema interligado, onde a interpretação jurídica se desenvolve da análise de suas consequências sociais e de sua compatibilidade com os princípios fundamentais. Esse entendimento é reforçado pelo STJ no AgRg nos EDcl na Pet 13974/DF, ao reconhecer que o modelo de justiça negocial na colaboração premiada exige um equilíbrio entre a legalidade e a necessidade de incentivar a cooperação, permitindo, em determinados casos, a fixação de sanções penais atípicas desde que não violem a Constituição e o ordenamento jurídico.

Portanto, a interpretação lógico-sistemática do art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n.º 12.850/2013 deve ser conduzida de forma coerente com a finalidade do instituto, assegurando ao colaborador um tratamento jurídico mais favorável do que aquele ao qual estaria submetido caso não colaborasse.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual de natureza premial, razão pela qual a ausência de um regime sancionatório mais favorável inviabilizaria sua própria finalidade, eliminando o fator de incentivo ao colaborador. O STJ, no AgRg nos EDcl na Pet 13974/DF, reforçou essa compreensão ao estabelecer que a adoção do modelo de justiça negocial não deve ser interpretada como um impedimento absoluto à fixação de benefícios atípicos, desde que observados os princípios fundamentais e a proporcionalidade em relação à gravidade dos crimes cometidos. A possibilidade de pactuação de um regime de cumprimento mais benéfico do que o ordinariamente previsto em lei não representa violação à norma, mas sim a concretização da lógica premial do instituto.

Mesmo que o art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n.º 12.850/2013 seja um dispositivo predominantemente processual, não há vedação legal para que seu conteúdo seja negociado, desde que a pactuação seja mais favorável ao colaborador. A interpretação da ordem jurídica deve ser feita de maneira sistêmica, considerando o princípio da unidade do Direito e a necessidade de solucionar eventuais conflitos normativos no próprio sistema (BOBBIO, 1995, p. 80).

A Constituição Federal, ao estabelecer, no art. 5º, XLVI, a individualização da pena, permite que a lei ordinária defina os parâmetros máximos de restrição da liberdade, mas não impõe proibição à fixação de regimes mais favoráveis ao acusado. Esse entendimento é reforçado pelo art. 5º, XL, da Constituição, que veda a retroatividade da lei penal mais gravosa, mas garante a aplicação retroativa da norma mais benéfica, conforme previsto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Outrossim, a colaboração premiada, expressamente reconhecida como negócio jurídico processual pelo art. 3º da Lei n.º 12.850/2013, também deve ser analisada à luz do art. 190 do Código de Processo Civil, que regula a autocomposição processual. Dessa forma, é possível transigir sobre normas processuais do instituto da colaboração premiada, desde que a pactuação ocorra em benefício das partes envolvidas.

O Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao Processo Penal, dispõe em seu art. 190:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Assim, os princípios do negócio jurídico processual podem ser aplicados à colaboração premiada, permitindo ajustes dentro dos limites normativos e sempre em favor do colaborador.

A interpretação do Processo Penal deve, portanto, reger-se pelo princípio do favor rei (ou favor réu), de modo que a interpretação mais benéfica ao acusado sempre prevaleça, especialmente em um Estado Democrático de Direito sustentado pela lógica garantista.

É fundamental destacar também que a sanção estipulada em um acordo de colaboração premiada não possui a natureza jurídica de pena. Trata-se de um limite sancionatório previamente pactuado, cujo objetivo é garantir ao colaborador previsibilidade quanto às consequências de sua cooperação.

Dessa maneira, não há incompatibilidade entre a pactuação de regimes de cumprimento mais favoráveis e as normas que regem a execução penal, pois a fixação da pena seguirá as regras gerais da dosimetria penal, enquanto o limite de cumprimento será aquele estabelecido no acordo.

Além disso, a própria Lei n.º 12.850/2013, em seu art. 4º, § 5º, prevê que, caso a colaboração ocorra após a sentença, o colaborador poderá ter a pena reduzida pela metade ou ser beneficiado pela progressão de regime sem a necessidade de atender aos requisitos objetivos previstos em lei. Essa interpretação é corroborada pelo STJ no AgRg nos EDcl na Pet 13974/DF, ao estabelecer que a vedação à fixação de regimes diferenciados não pode ser aplicada de maneira absoluta, uma vez que o próprio legislador autorizou benefícios mais amplos ao colaborador, como o perdão judicial e a substituição da pena privativa de liberdade. Se é possível extinguir a punibilidade dos crimes praticados pelo colaborador, não há razão lógica para impedir a pactuação de um regime mais brando de cumprimento de pena, desde que respeitados os princípios constitucionais.

Se a norma permite essa flexibilização para aqueles que colaboram após a condenação, não há justificativa lógica para negar tratamento análogo aos colaboradores que firmam acordo antes de serem condenados. Essa interpretação restritiva violaria o princípio da isonomia, ao impor um tratamento mais rigoroso aos que colaboram precocemente do que àqueles que o fazem somente após a sentença condenatória.

A interpretação literal do art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n.º 12.850/2013, sem a devida consideração do § 5º, levaria a um cenário incoerente e desproporcional, resultando em desigualdade material entre colaboradores em situações jurídicas semelhantes. O STJ abordou essa problemática no AgRg nos EDcl na Pet 13974/DF, ao ressaltar que o princípio da legalidade não pode ser utilizado para prejudicar o acusado, invertendo a lógica dos direitos fundamentais. Assim, a aplicação de uma interpretação rígida da norma, que impeça a pactuação de benefícios mais favoráveis ao colaborador, violaria não apenas o princípio da proporcionalidade, mas também a isonomia entre aqueles que contribuem para a persecução penal.

A melhor interpretação para os dispositivos mencionados é aquela que permite a progressão de regime de cumprimento de pena sem a observância dos requisitos objetivos, tanto para colaboradores condenados quanto para aqueles que ainda não foram condenados, garantindo um tratamento isonômico e uma interpretação sistêmica e teleológica da Lei n.º 12.850/2013.

O art. 4º, § 7º, inciso II, e § 5º, da Lei n.º 12.850/2013 devem ser interpretados de forma harmônica, respeitando a lógica do Direito Premial e evitando desproporcionalidades no tratamento dos colaboradores. A fixação de regimes de cumprimento mais favoráveis não apenas é juridicamente viável, como

também reforça os objetivos centrais da colaboração premiada, garantindo incentivos reais para aqueles que optam por contribuir com a persecução penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise apresentada, conclui-se que a previsão normativa contida no art. 4º, § 7º, inciso II, da Lei n.º 12.850/2013 não impede a fixação de um regime de cumprimento de sanção diverso do legalmente previsto, desde que tal disposição seja mais favorável ao colaborador. Essa interpretação não apenas respeita os objetivos premiais da colaboração premiada, mas também assegura a compatibilidade entre as disposições normativas e os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, garantindo uma leitura harmônica e garantista do instituto.

A aplicação de uma visão sistêmica do Direito é fundamental para a solução de eventuais conflitos normativos, permitindo a conciliação entre regras legais e a finalidade dos institutos jurídicos. No contexto da colaboração premiada, essa abordagem é essencial para assegurar que o ordenamento jurídico seja interpretado de forma coerente com os direitos e garantias fundamentais, preservando a lógica premial do instituto e evitando distorções que comprometam sua efetividade.

Além disso, a interpretação da ordem jurídica deve sempre preservar a unidade do sistema normativo, garantindo um tratamento isonômico entre os acusados. O respeito aos direitos fundamentais deve ser assegurado a todos, sem qualquer distinção que possa reduzir a proteção de determinados indivíduos com base em sua condição processual. Não há “acusados de segunda categoria”, cujos direitos valham menos que os dos demais.

Portanto, o regime de cumprimento das sanções pactuadas em acordos de colaboração premiada deve ser analisado de maneira lógica, sistêmica e garantista, assegurando que os benefícios concedidos estejam alinhados tanto com a legalidade quanto com a justiça material. A esse respeito, o STJ, no AgRg nos EDcl na Pet 13974/DF, destacou que a colaboração premiada deve equilibrar o incentivo à cooperação com a necessidade de preservar a credibilidade do sistema de justiça criminal. O tribunal reconheceu que, dentro dos limites constitucionais, é possível conceder sanções atípicas mais benéficas ao colaborador, desde que a proporcionalidade e o interesse público sejam observados. Esse entendimento fortalece a necessidade de uma interpretação teleológica da norma, compatível com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A leitura literal e isolada das normas não pode prevalecer sobre a interpretação teleológica, que busca compatibilizar a legislação com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e com a finalidade última do instituto: incentivar a colaboração e, ao mesmo tempo, assegurar o respeito aos direitos fundamentais do colaborador.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 80.

BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a organização criminosa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 456.301/SP**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 56**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 maio 2024.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ESCOLAS POSITIVAS. **Teoria do garantismo penal**, 2012. Disponível em: <<https://leiadireito.wordpress.com/>>. Acesso em: 18 maio 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Carlos Antonio Agurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamano, Benigno Choque Cuenca. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

PASQUALINI, A. Sobre a interpretação sistemática do direito. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 7, n.º 4, out./dez. 1995. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22178/interpretacao_sistemica_direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 jul. 2024.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2007.

PORTALES, Rafael Enrique Aguilera; SANCHES, Rogelio López. **Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli**, 2007. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 5 abr. 2024.

SHECAIRA, Sérgio S. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.º 5, 2009.

SOBRE O AUTOR

Galtiênio da Cruz Paulino: Doutor em Direito pela Universidade do Porto (Portugal) e mestre pela UCB. Mestrando em Administração Pública pela UnB. Pós-graduado em Ciências Criminais pelo UNIDERP e Em Direito Público pela ESMPU. Bacharel em Direito pela UFPB. Professor da ESMPU. Procurador da República.

NEOCONSTITUCIONALISMO, ABERTURA NORMATIVA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E POLÍTICAS ECONÔMICAS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

THE REFLEXES OF NEW CONSTITUTIONALISM AND THE BROADER SCOPE OF THE NEW BRAZILIAN PUBLIC PROCUREMENT LAW ON PUBLIC PROSECUTION'S OFFICE'S ECONOMIC POLICIES

Mauro Flávio Ferreira Brandão

Marcelo Riceputi Alcântara

Vinicius Pinto Resende

Resumo: Cogitando-se o desafio global de sustentabilidade no contemporâneo, o presente artigo trabalha com a hipótese de que os *Ministérios Públicos*, na elaboração de suas políticas de contratação, podem densificar a Lei n.º 14.133/2021, notadamente quando do emprego de categorias abertas pela legislação, desde que pautados por valores axiológicos contemplados pela Ordem Jurídica brasileira e corroborados pelos ditames da Constituição Econômica contida no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cogita-se e um duplo tratamento normativo do Ministério Público: como sujeito público, apto a interpretar e densificar as normas constitucionais e infraconstitucionais em âmbito de suas políticas econômicas; como *sujeito econômico*, apto a formular políticas econômicas dentro de um escopo legalmente delimitado. Pode-se, desta forma, cogitar os Ministérios Públicos como agentes em âmbito da denominada *crise de sustentabilidade*, com papéis relevantes a serem desempenhados não apenas em suas atividades-fim, mas também nas atividades-meio. A análise é sustentada por um arcabouço teórico misto de categorias técnicas de Washington Peluso Albino de Souza, no âmbito do Direito Econômico, e José Joaquim Gomes Canotilho, no âmbito do Direito Constitucional.

Palavras-Chaves: Licitações. Crise de Sustentabilidade. Transições Energéticas. Ordem Econômica. Constituição Econômica. História do Direito Econômico.

Abstract: Approaching the contemporary challenge of sustainability, present paper aims to test the hypothesis that the public prosecutor's offices, when designing its public procurement policies, may densify the Brazilian Constitution and public procurement law, especially when considering the resort to semantically open categories by its writing, as long as it is justified by axiological values contained by the Brazilian judicial order and corroborated by the axiological references of the Economic Constitution developed by the article 170 of the Brazilian Federal Constitution. It is built under the guidance of a double nature of the Public Prosecutor's Office: as a public agent, apt to interpret and densify constitutional and legal norms in its economic policies; as an economic agent, able to design its economic policies, as long as respecting

the open moulding scope legally constructed. Under this point of view, the Public Prosecutor's Office is an agent inserted in the so-called sustainability crisis, with important roles to be performed not only in its core or primary activities, but also in its support or auxiliary ones. The analysis is performed under guidance of the theoretical frameworks of Washington Peluso Albino de Souza, in regarding Economic Law, and José Joaquim Gomes Canotilho, in reference to Constitutional Law.

Keywords: Public Procurement; Sustainability Crisis; Energy Transitions; Economic Order; Economic Constitutions; History of Economic Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Ministério Público como formulador de políticas econômicas; 3. Os parâmetros das políticas econômicas do Ministério Público; 4. A inserção de políticas econômicas ambientais nas contratações do Ministério Público; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos o grande desafio da sustentabilidade. Nós: indivíduos, pessoas jurídicas de direito privado em todas as suas formatações, terceiro setor e Estado – incluindo, neste, todas as estruturas de sua complexidade orgânica.

James *et al.*, na obra “Urban Sustainability in theory and practice: Circles of sustainability”, chegam a cogitar e um quarto período do Antropoceno: da *tribalia*, *agraria* e *industria*, estaríamos agora vivendo um período “ainda não nominado, que começou com nossa capacidade de tornar nossas próprias vidas neste planeta insustentável”. Se prosseguirmos neste padrão de vida, prosseguem os autores, este período poderia ser denominado *exterminia* (2015, p. 7, tradução livre).

Crise de sustentabilidade é definida pela Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) e pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) como a circunstância de predominância, em termos globais, de “padrões de produção e consumo incompatíveis com as capacidades da biosfera de continuar oferecendo condições biofísicas mínimas para sustentar o bem-estar humano das presentes e futuras gerações” (CEPAL; CGEE, 2020, p. 22).

O funcionamento ordinário dos sistemas produtivos em nível global não nos conduzirá, por si, à sustentabilidade ambiental. Ajustes devem ser promovidos, e esforços comissivos devem ser empreendidos. Neste sentido estão, *e.g.*, os Acordos de Paris e suas respectivas metas.

O presente trabalho se propõe a trabalhar com a hipótese de que os *Ministérios Públicos*, na elaboração de suas políticas de contratação, podem densificar a Lei n.º 14.133/2021, notadamente quando do emprego de categorias abertas pela legislação, desde que pautados por valores axiológicos contemplados pela Ordem Jurídica brasileira e corroborados pelos ditames da Constituição Econômica contida no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Utiliza-se, para tanto, predominantemente, um combinado dos arcabouços teóricos de Washington Peluso Albino de Souza – em âmbito do Direito Econômico – e de José Joaquim Gomes Canotilho – no que toca ao Direito Constitucional. Desta forma, o Ministério Público é tratado como sujeito de Direito Econômico – apto a formular políticas econômicas dentro de um escopo legalmente delimitado – e como sujeito público apto a interpretar e densificar normas constitucionais e infraconstitucionais em âmbito de suas políticas econômicas – no caso, em suas políticas de contratação.

Sob o ponto de vista proposto, poder-se-ia *trazer os Ministérios Públicos aos desafios da sustentabilidade*. Desta forma, ter-se-ia verdadeira *ampliação dos escopos de atuação do Ministério Público na persecução de seus fins institucionais* – notadamente, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante art. 127, *caput*, CRFB1988 –, que deixaria de estar limitada à sua atividade-fim e passaria a permear também a atividade-meio da Instituição, notadamente em suas políticas de contratação.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMULADOR DE POLÍTICAS ECONÔMICAS

Há, na construção coletiva doutrinária do que seria a trajetória histórica do Direito Econômico, uma centralização fundamental do Estado enquanto agente elaborador de políticas econômicas. Mais especificamente, das estruturas tradicionais de composição deste Estado – em especial, do Poder Executivo.

Tal circunstância é resultado, em essência, da vinculação entre o surgimento e o desenvolvimento do que se identifica por Direito Econômico com o fenômeno da guerra – considerada sua evolução em termos de demandas voltadas aos Estados nacionais beligerantes – e de fenômenos macroeconômicos oriundos do sistema capitalista.

Como grande referência dessa perspectiva, tem-se um dos introdutórios autores da disciplina em âmbito brasileiro, Fábio Konder Comparato, em seu trabalho “O indispensável direito econômico”, originalmente publicado em 1965. O autor situa o nascimento do Direito Econômico na Primeira Grande Guerra, cuja complexidade desloca o fenômeno guerra estritamente das frentes de batalha, nele englobando também a organização da escassez de recursos de maior complexidade pelo Estado em âmbito interno para corresponder às demandas de guerra. Há, portanto, uma *alteração substancial do fenômeno*

Guerra, com correlata transformação da economia (COMPARATO, 1978 [1965], p. 455-456)¹.

Agrega a esse desenvolvimento a Crise de 1929, com ascensão do *papel do Estado no reimpulsivamento do Direito Econômico*:

A posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha mais razão de ser, desde o momento em que os diferentes protagonistas deixavam de jogar. A se porfiar no otimista *laissez faire*, ter-se-ia na prática um *laissez ne pas faire*. Incumbia a alguém reimpulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado (COMPARATO, 1978 [1965], p. 457).

Reconhecendo-se os laços históricos entre a Crise de 1929 e os reflexos da Primeira Grande Guerra sobre o continente europeu, observa-se que também aqui o Direito Econômico não perde necessariamente seus laços – ainda que se constituam neste caso de forma mediata – com o fenômeno da guerra.

O desenvolvimento desse ramo do Direito prossegue com a ascensão da Segunda Grande Guerra, que intensifica fenômenos macroeconômicos – como a *inflação* – e fatos sociais que demandam intensificação da racionalização no manejo dos recursos escassos, como a *penúria*². A *Guerra Fria*, além, intensifica a aludida *alteração substancial do fenômeno da Guerra*, destacando seu elemento fundamental de conflito bélico direto entre potências e centralizando a Guerra na *disputa pelo paradigma da eficiência entre dois sistemas econômicos*. Leciona Comparato:

A corrida armamentista não poderia deixar de provocar uma revalorização do fato econômico. Destinada por um lado a sustentar o extraordinário esforço de armamento atômico, a política de rigorosa expansão industrial impunha-se por outro lado como arma indispensável no conflito ideológico. No Ocidente, o desenvolvimento deixava de ser o produto alocatório do livre jogo das forças de mercado, para constituir-se em objetivo fundamental do Estado. Em outras palavras, para fixar-se na competência do Poder Público: ao regime da concorrência, segundo a conhecida fórmula de Sauvy, sucedia a concorrência de regimes (COMPARATO, 1978 [1965], p. 458).

1 Neste sentido, leciona o autor (1978 [1965], p. 455-456): “A partir de 1914, a guerra é um fenômeno social totalitário, que submete a seus fins todas as tarefas e ocupações, que interessa diretamente todas as classes sociais, sem exceção. Doravante, em período bélico, todas as funções do Estado são monopolizadas pelo conflito armado. Napoleão tinha tempo de se ocupar de arqueologia durante a campanha do Egito, ou de pensar na criação da *Comédie Française*, logo após a tomada de Moscou. A Grande Guerra de 1914-18 pôs fim a esta concepção romântica da atividade militar: desde então, nada escapa ao absolutismo da guerra – economia, ciência, arte, e até mesmo a religião. A economia, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, transformou-se sob a ação do novo fenômeno bélico. Demonstrado que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e nos laboratórios, ao Estado não era mais indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada. Cumpria, ao contrário, submetê-los antes de tudo às exigências da guerra”.

2 Leciona Comparato (1978 [1965], p/ 457-458): “Face às tarefas da guerra e da reconstrução que se lhe sucede, a fim de eliminar a procura excedentária e a abundância de signos monetários no mercado, o Estado lança mão de novos processos de captação de poupança popular, do empréstimo compulsório à emissão sistemática de títulos da dívida pública em concorrência com os títulos privados (open market). Por outro lado, a repartição do produto nacional é racionalizada através de medidas compulsórias de contingenciamento, de estocagem, de licenciamento da produção, da venda ou do comércio exterior. O Direito deixa-se assim penetrar de conteúdo econômico, ao mesmo tempo em que a Economia torna-se sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica”.

Dessa evolução, extrai Comparato a noção de *Direito Econômico como tradição jurídica da economia dirigida*:

[...] enquanto certos autores operam, sob a noção de direito econômico, um simples reenquadramento dos institutos públicos ou privados, de conteúdo econômico (empresas públicas, direito comercial, direito do trabalho e da previdência social, direito rural etc.), outros preferem conceber o novo direito como uma espécie de ordenamento constitucional da economia, no qual se situariam os princípios básicos que devem reger as instituições econômicas.

Esta última concepção, na verdade, aproxima-se muito daquela que vê no direito econômico a tradição jurídica da economia dirigida, concepção que nos parece a mais acertada [...] (COMPARATO, 1978 [1965], p. 462).

Sem negar que o fenômeno da guerra tenha influenciado o desenvolvimento do Direito Econômico³, em âmbito da Escola Mineira de Direito Econômico, Washington Peluso Albino de Souza vislumbra o Direito Econômico em momentos anteriores à Primeira Guerra Mundial. A princípio, observa o reconhecimento, por Nicolas Baudeau, no século XVIII, no âmbito da *Fisiocracia*, de uma *legislação econômica* e de uma *constituição econômica*. Pierre-Joseph Proudhon, no século XIX, faz também referência a uma *sobreposição do Direito Econômico ao Direito Político* (SOUZA, 2005, p. 39-45).

Identifica Souza um movimento de autonomização de um ramo – ainda inominado – em detrimento do Direito Mercantil ou do Direito das Obrigações. Este ramo seria batizado, por Heinrich Lehmann, de *Direito Industrial*. Neste esforço, Wilhelm Hedemann preocupou-se em *desassociar o Direito Econômico e guerras militares*. Conforme leciona Washington de Souza, “apesar de muitas instituições jurídicas terem tomado maior relevo em épocas de guerra, como o ‘bloqueio’, a ‘socialização’, muitas atividades básicas [...] são férteis em contribuições que continuam e perduram além as guerras militares” (SOUZA, 2005, p. 45).

Interessa reforçar: *não se pretende, aqui, ignorar a notória influência do fenômeno da guerra sobre o Direito Econômico – e os correlatos papéis assumidos pelo Estado em função deste fenômeno –, mas sim trabalhar com noção mais ampla de Direito Econômico, que abrange tais papéis, mas não reduz a eles o escopo deste ramo autônomo do Direito.*

Esse é o movimento que se extrai do *método analítico substancial* de Washington Peluso Albino de Souza, que, de um lado, constrói o Direito Econômico como sistema amplo enquanto, de outro lado, insere na metodologia um combinado da *tópica*⁴. Este papel peculiar do Estado oriundo do fenômeno

3 Reconhece Washington Peluso Albino de Souza, *e.g.*, a alteração da perspectiva dos países capitalistas sobre o intervencionismo econômico a partir da década de 1930, impulsionado pela Primeira Guerra Mundial, com ascensão de autores como Kahn, Westhoff, Klaussing e Lorenzo Mossa. Este paradigma se assentaria a partir da *Constituição de Weimar* e da Segunda Grande Guerra (2005, p. 45-49).

4 Trata-se de dualidade que remonta à distinção grega entre o *apodítico* e o *dialético*. Sobre o modo de proceder da *tópica*, leciona Souza (2005, p. 103): “diante de um ‘problema’, pode-se proceder de maneira mais simples, tomando como ensaio, em seleção arbitrária, uma série de pontos de vista mais ou menos ocasionais, e buscando, desse modo, premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas, bem como nos possam levar a consequências que nos esclareçam”.

da guerra – e suas transformações – está contemplado na análise sistemática e na porção tópica, mas nele não se esgota o Direito Econômico. Neste sentido, *e.g.*, no âmbito da tópica, seleciona Washington de Souza em seu *framework* o *Instituto do Planejamento*, o *Instituto do Desenvolvimento* e o *Instituto do Consumo* (SOUZA, 2005).

Nas lições de Washington de Souza, a autonomia de um ramo do Direito depende da configuração de quatro elementos próprios: *sujeito, objeto, normas e campo de análise*. *Um entendimento amplo de Direito Econômico nos permite ter como sujeito do Direito Econômico não apenas o Estado em suas estruturas clássicas, mas também indivíduos, organismos públicos ou privados – nacionais, internacionais ou comunitários –, bem como conglomerados formados por interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos* (SOUZA, 2005). *Portanto, permite-nos pensar em estruturas do Estado que não são ortodoxamente centralizadas na análise da formulação de políticas públicas como sujeitos do Direito Econômico, formuladores de políticas econômicas*. Nesta categoria se insere, *v.g.*, o Ministério Público. Ter-se-á, então, por definição do Direito Econômico:

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do ‘princípio da economicidade’ (SOUZA, 2005, p. 24).

Política econômica, por sua vez, será “conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos” (SOUZA, 2005, p. 25). São as políticas econômicas o objeto do Direito Econômico, *sejam elas realizadas por quaisquer de seus sujeitos*.

Sustentados nesse ponto de vista teórico, ter-se-ia o Ministério Público como sujeito de Direito Econômico, exercendo políticas econômicas, *e.g.*, ao optar pela contratação de uma frota de carros que tenham fontes energéticas neutras – como os veículos elétricos ou de combustíveis derivados do hidrogênio verde, hidrogênio renovável ou hidrogênio de baixa emissão de carbono, categorias criadas pela Lei n.º 14.948/2024 –, ou além, ao introduzir em sua política de contratações de critérios que envolvam as externalidades ambientais provocadas pelas fontes energéticas adotadas pela cadeia produtiva dos interessados em contratar com a Instituição.

O tratamento da política econômica envolve sempre um ponto de vista público – especialmente, constitucional. Mesmo aquela política econômica exercida por uma pessoa física, particular, quando relevante de um ponto de vista jurídico, receberá um olhar do Direito Econômico pautado por diretrizes mistas, nas quais se incluirá as pautas da Ordem Econômica constitucional⁵.

.....

5 Conforme leciona Washington de Souza, “a busca da realização da justiça exige que a realidade econômica, no estágio atual da vida social, seja tratada além dos limites dos conflitos dos interesses privados entre si, ou destes em confronto com os interesses públicos. Revela-se a necessidade do seu tratamento em dimensão de ‘política econômica’, na qual ambos são envolvidos” (2005, p. 24).

3. OS PARÂMETROS DAS POLÍTICAS ECONÔMICAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

É derivação da metodologia proposta que toda política econômica – em um mundo cujo aspecto econômico está em crescente expansão – deve ser observada também por um aspecto público, que maior deve ser conforme maior seja seu potencial transformador e seu interesse do ponto de vista jurídico.

Aviva-se o conselho de José Joaquim Gomes Canotilho para apresentar-se o Direito Constitucional a jovens recém-ingressos no estudo do Direito (2003, p. 37): “nada melhor [...] do que avivar a memória dos jovens acabados de chegar à universidade e dizer-lhes quase ‘apallisianamente’: vós já conheceis alguns dos principais problemas do direito constitucional. Basta olhar à volta para ver que ele está *presente*”.

A noção de que *o Direito Constitucional está em todos os lugares* está em sintonia com o que se costuma referir na doutrina por *Neoconstitucionalismo*⁶ – isto é, a ascensão das Constituições para o centro dos ordenamentos jurídicos, tornando-se o grande referencial hermenêutico obrigatório na construção do sentido de todo o restante do corpo normativo de dada ordem. Leciona Canotilho:

[...] como determinantes positivas, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material. De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por exemplo, do direito civil como direito autónomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado (ex.: CRP, art. 36.º); de forma mais intensa, o direito constitucional é concebido como parâmetro material do direito administrativo, aludindo os autores ao direito administrativo como direito constitucional concretizado (CRP, art. 268.º); o direito processual (penal e civil) concebe-se hoje como direito materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais e, nesse sentido, se fala da crescente ‘constitucionalização’ da ordem processual civil e, sobretudo, penal (cfr. CRP, art. 32.º. (CANOTILHO, 2003, p. 1.149-1.150).

Uma Constituição é uma *síntese valorativa de todos os aspectos de uma sociedade*. Em âmbito constitucional, adquire relevância especial o *princípio da plenitude do ordenamento jurídico*, pelo qual o sistema jurídico “deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso” (DINIZ, 2013, p. 148). Tal problemática, em âmbito constitucional, adquire um caráter especialmente paradoxal: um documento que se propõe sucinto – posto que síntese dos valores fundamentais de uma sociedade – e completo – posto que deve constituir base para todo o processo de densificação legal.

6 Para uma compreensão mais aprofundada e contextualizada do *neoconstitucionalismo*, recomenda-se a obra “História do Estado de Direito”, de José Luiz Borges Horta.

Nada, portanto, escapa à Constituição. De igual maneira, políticas econômicas, sejam públicas ou privadas, deverão harmonizar-se axiomáticamente à Constituição, embora em graus diversos de vinculação. Neste sentido, por exemplo, o art. 174, *caput*, CRFB1988, ao dispor que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Desafio de particular intensidade ao Direito Econômico reside, ainda, no *princípio da unidade da ordem jurídica*, segundo o qual “o sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo, por isso, excluir qualquer contradição, assegurando sua homogeneidade e garantindo a segurança na aplicação do direito” (DINIZ, 2013, p. 29). Isto porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – como um todo e, especificamente, no que toca à sua regulação da Ordem Econômica – é um *acordo oriundo de uma pluralidade intelectual*. Lecionam Clark, Corrêa e Nascimento:

[...] o nosso Texto Constitucional e sua Constituição Econômica são frutos da dialética dos conflitos de interesses de uma sociedade com múltiplas demandas que emerge de um quadro político autoritário, construindo, portanto, comandos pluralistas, advindos das disputas e diferenças existentes nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte Originária e também fora dela, pois, além das posições ideológicas dos constituintes, a sociedade civil organizada (ou não) se fazia presente reivindicando direitos historicamente negados ao longo de nossa tradição autoritária e excludente (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2017, p. 682-683).

Há um *desafio hermenêutico mais intenso na interpretação da Ordem Econômica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, à medida em que consagra valores prima facie antagônicos*. Neste sentido, portanto, há simultânea consagração da propriedade privada (art. 170, II, CRFB1988) e da função social da propriedade (art. 170, III, CRFB1988). Em mesmo sentido, consagra-se a livre concorrência (art. 170, IV, CRFB1988) e, de outro lado, a defesa do meio ambiente (art. 170, VI, CRFB1988), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte constituídas sob leis brasileiras e com sede e administração no Brasil (art. 170, IX).

Neste sentido está o que denomina Washington Peluso Albino de Souza como *Ideologia Constitucionalmente Adotada* – conjunto de normas acolhidas pelo Direito Positivo em um dado ordenamento jurídico, sejam quais forem os sistemas econômicos puros de que se originem, *e.g.* sistemas abstratos capitalistas neoliberais, capitalistas com teor intervencionista do Estado, comunitaristas etc.⁷ Não há coincidência entre a ideologia constitucionalmente adotada e um sistema econômico puro, daí o antagonismo com que o hermeneuta deve lidar com preparo técnico adequado. Como coloca Washington de

7 Nas lições de Souza (2005, p. 28-29): “não se trata do sentido filosófico ou político amplo, de ideologia, nem mesmo de cada ideologia política geralmente referida, tal como a capitalista, a socialista, a comunista, etc. Independentemente dessa configuração, referimo-nos aos princípios que sejam fundamentais na ordem jurídica considerada, mesmo que isoladamente se identifiquem com alguma daquelas ideologias políticas acima referidas”.

Souza, “a ideologia a que nos referimos é aquela definida, em Direito Positivo, no Estado de Direito, pela constituição vigente, em cada época e em cada país” (2005, p. 28-29). Desta forma, prossegue o autor:

[...] [a ideologia constitucionalmente adotada] determina os “parâmetros”, ao mesmo tempo em que oferece os “fundamentos” dessa interpretação. Porém, compõe-se dos “princípios” nela consagrados, independentemente de “tipos ideológicos puros”. Assim sendo, num mesmo texto constitucional podemos encontrar “princípios” que estariam em “conflito” entre si, na sua forma pura. Porém, não podemos admitir tal oposição, sob pena de uma contradição da natureza íntima da própria idéia de Constituição.

Assumindo o princípio da “antinomia”, um jurista liberal e tradicional excluiria de seu trabalho interpretativo os elementos “socializantes”. Do mesmo modo o jurista socialista procederia em face dos elementos liberais. No entanto, a realidade constitucional incorporou os dois “princípios”, anulando a idéia de “conflito” entre os mesmos (SOUZA, 2005, p. 232).

Esse antagonismo – denominado por parte da doutrina de *princípio da coetaneidade do não coetâneo* (SOUZA, 2005, p. 233) – deverá ser resolvido nos casos em concreto, sem que se afaste em caráter absoluto e permanente quaisquer dos valores envolvidos no antagonismo em questão:

Apenas o intérprete, diante da circunstância com que se depara, digamos num exercício de “tópica” ou numa sentença, decidirá por uma ou por outra, sem afastar definitivamente aquela que fora ocasionalmente preterida, mesmo porque jamais as excluirá do “conjunto constitucional”. Em diferente circunstância, dadas as condições diferentes ou opostas, decidirá na direção daquela que fora anteriormente relegada, porém sem excluir definitivamente a primeira (SOUZA, 2005, p. 233).

Essa colisão de princípios nos conduz ao *postulado da proporcionalidade (verhältnismäßigkeitsprinzip)*, com seus raciocínios de adequação, necessidade e proporcionalidade – encampando-se ambos os aspectos da não proteção insuficiente (*untermaßverbot*) e do não excesso de intervenção (*übermaßverbot*) (SARLET, 2020, p. 406-410)⁸.

Considere-se, ainda, que *o referencial jurídico vinculativo não é estritamente constitucional*, devendo-se considerar o *processo de densificação dos princípios constitucionais*. Leciona Canotilho:

A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o *processo de concretização constitucional* assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas

8 Uma sólida compreensão a respeito do postulado da proporcionalidade e do tópico de *concorrência entre direitos fundamentais* é indispensável para o manejo destes princípios da Ordem Econômica, escapando, no entanto, ao sucinto objeto do presente trabalho. Para tanto, recomenda-se a obra “Teoria da Argumentação Jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica”, de Robert Alexy.

pelo legislador (*concretização legislativa*) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (*concretização judicial*), a problemas concretos. (CANOTILHO, 2003, p. 1.183).

Tal processo de densificação dos princípios constitucionais, no entanto, não se resume ao poder legiferante e à prerrogativa judicial de interpretação das leis, conforme esclarece Canotilho:

Se a constituição é uma lei como as outras, em alguma coisa, na verdade, se distingue delas. O carácter *aberto* e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação *criativa e concretizadora* dos “intérpretes da constituição”, começando pelo *legislador* (primado da competência concretizadora do legislador) e pelos juízes, sem esquecermos hoje o primordial papel concretizador desempenhado pelo governo quer na sua qualidade de órgão encarregado da “direção política” quer na qualidade de órgão que dirige, superintende ou tutela a administração pública (2003, p. 1.150).

Tem-se, portanto, que *o escopo de formulação de políticas econômicas do Ministério Público está delimitado pelas disposições regulatórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 voltadas à Ordem Econômica – especialmente, mas não apenas, pelos valores inseridos no art. 170 da CRFB1988 –, bem como às densificações legislativas e judiciais que delas derivem. No interior desse espaço previamente delimitado, no entanto, o Ministério Público possui a prerrogativa de elaborar fundamentadamente suas políticas econômicas, com ponderações dos valores envolvidos e que eventualmente se contraponham nesta elaboração.*

4. A INSERÇÃO DE POLÍTICAS ECONÔMICAS AMBIENTAIS NAS CONTRATAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

São características dos contratos administrativos a presença da administração pública, a finalidade pública, a obediência à forma prescrita em lei e ao procedimento legal, a natureza de contrato de adesão e *intuitu personae*, a presença de cláusulas exorbitantes e a mutabilidade (PIETRO, 2021, p. 268).

O procedimento legal do contrato administrativo, por sua vez, tem seu pontapé regulatório densificado mediante técnica constitucional direta. Assim, o art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe:

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:

[...]

XXI - ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras

e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações legais.

A densificação desse comando institucional é feita por diversos diplomas legais, mas tem sua âncora central, no ordenamento jurídico brasileiro atual, na Lei n.º 14.133/2021. Estabelece este diploma normativo os seguintes *objetivos do processo licitatório*:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Percebe-se, pois, que *também no direcionamento axiológico do procedimento legal de contratação da administração pública se reflete o antagonismo de valores que se fazem presentes na regulação da Ordem Econômica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Entre os princípios que regulam a ordem econômica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elencados em seu art. 170, tem-se, simultaneamente, a *livre concorrência* (art. 170, IV, CRFB1988) e a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, VI, CRFB1988).

Perceba-se: para conceder *tratamento diferenciado* conforme o impacto ambiental, não se poderá preservar a livre concorrência. Tem-se aqui um dos antagonismos trabalhados, que precisam ser desenvolvidos – densificados pelos inúmeros agentes responsáveis pela concretização dos valores constitucionais, como se apontou, e enfrentados hermenêuticamente, inclusive pelos agentes de política econômica, cada um deles vinculados em graus diferentes de acordo com o teor público e a dimensão de suas respectivas atividades.

Da mesma forma, o art. 37, XXI, da CRFB1988 impõe a categoria aberta da *igualdade de condições a todos os concorrentes*, reproduzida pelo art. 11 da Lei n.º 14.133/2021 na forma de *tratamento isonômico entre os licitantes e justa competição*. Ao lado deste objetivo, no entanto, elenca a Lei n.º 14.133/2021 o de *incentivo à inovação e incentivo ao desenvolvimento sustentável*. Ambos os valores possuem raízes na Ordem Econômica conforme regulada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mas, como se aludiu, *não é possível que se preserve absoluto tratamento isonômico entre licitantes e simultaneamente se incentive o desenvolvimento sustentável*.

Nas lições de Canotilho, há *três possíveis configurações das posições jurídicas oriundas das normas fundamentais*: direitos a atos negativos (*Abwehrrechte*); direitos a ações positivas de parte do Estado (*Leistungsrechte*) – sejam de natureza normativa (*lato sensu*), sejam de natureza fática (*stricto sensu*) –; direitos de liberdade (CANOTILHO, 2003, p. 1.256-1.260). As alusões à *defesa* do meio ambiente e ao *incentivo* ao desenvolvimento nacional sustentável se colocam como *comandos positivos*; deixada a livre concorrência por si, não *defende* ou *incentiva* o Estado.

Isso não significa, por óbvio, o *abandono* da justa competição, mas sim uma abertura normativa para que, nos casos em concreto, possa o formulador de políticas econômicas em âmbito público compatibilizar os ditames. Neste sentido, ao elaborar uma política econômica em âmbito de sua política de contratação, *e.g.*, o formulador deve ser claro na elaboração dos critérios de teor protetivo da sustentabilidade ambiental e assegurar o tratamento isonômico a todos aqueles que pretendam concorrer nos termos propostos.

Portanto, *dentro dos escopos constitucionais e infraconstitucionais – integralmente observados –, poderá o Ministério Público densificar esses preceitos em suas políticas de contratação, inserindo elementos que se voltem à promoção de um meio ambiente sustentável, acautelando-se de preservar a justa competição e o tratamento isonômico entre os concorrentes dentro deste escopo*. Busca-se, desta forma, a *compatibilização entre a livre concorrência e a defesa do meio ambiente, em um movimento fundamentado pelo postulado da proporcionalidade*. Insere-se ao processo um elemento valorativo concorrente que restringe a livre concorrência; no entanto, deve-se cuidar para que a livre concorrência não se reduza a uma proteção insuficiente (*untermaßverbot*), sob pena de incorrer-se em ilicitude na contratação.

5. CONCLUSÃO

A contribuição do Ministério Público na busca pela sustentabilidade ambiental depende das perspectivas adotadas não apenas quanto ao papel do Estado, mas também quanto ao papel de cada uma das estruturas que compõem o organograma estatal.

Entendido o *papel das Ciências Econômicas enquanto fonte subsidiária do Direito Econômico* (SOUZA, 2005, p. 135)⁹, esclareça-se que *não se pretende afirmar que a solução aqui apresentada é a única juridicamente plausível.*

Além, é necessário ter-se em mente que *aceitar a possibilidade de o Ministério Público exercer políticas econômicas – e, desta forma, trabalhar com elementos voltados à sustentabilidade ambiental em suas políticas de contratação – não significa anular por completo a necessária preservação da livre concorrência, do tratamento isonômico entre os concorrentes em âmbito de processos licitatórios e da justa competição.*

A conclusão, aqui, é no sentido de que *é plausível a hipótese apresentada sob determinada ótica jurídica – isto é, os Ministérios Públicos, na elaboração de suas políticas de contratação, podem densificar a Lei n.º 14.133/2021, notadamente quando do emprego de categorias abertas pela legislação, desde que pautados por valores axiológicos contemplados pela Ordem Jurídica brasileira e corroborados pelos ditames da Constituição Econômica contida no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*

O trato da questão, em termos concretos, deve ser cauteloso e técnico. Deve-se tratar com rigor a aplicação do postulado da proporcionalidade na colisão entre a promoção de um meio ambiente sustentável e a preservação da justa competição e do tratamento isonômico entre concorrentes, de modo a *preservar o escopo final dos processos licitatórios, que é a impessoalidade e a vantajosidade para a Administração Pública.*

Além, é convidativo que a questão seja densificada em instâncias mais abstratas do que as políticas e econômicas de cada um dos Ministérios Públicos, em prol da segurança jurídica. Neste sentido cabe a densificação não apenas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, como se viu, mas, inclusive, a figuras institucionais como o Conselho Nacional do Ministério Público.

.....

9 Conforme colocado por Washington de Souza, “em Direito Econômico, [...] devemos acrescentar a esses elementos habitualmente expostos para as ‘fontes’ do Direito em geral o papel desenvolvido pela Ciência Econômica e pela Ciência Política como ‘fontes auxiliares’ ou, se preferirmos, ‘subsidiárias’. Justifica-se a idéia pela circunstância de a norma de Direito Econômico ter por ‘conteúdo’, obrigatória e originariamente, o ‘fato econômico’. Este é ‘explicado’ pela Economia. Só a partir daí é que será ‘valorado’ politicamente, na variante ‘político-econômica’, para, então, chegar ao Direito Econômico. [...] Refere-se a ‘atos’ ou ‘fatos’ que dispõem de uma ‘ciência explicativa para esclarecê-los’ (Souza, 2005, p. 135). Para melhor compreensão do fenômeno – o que escapa ao objeto do presente trabalho, recomenda-se consulta ao artigo “Desenvolvimentismos: entre a epistemologia inflexível e o relativismo absoluto” (ALCÂNTARA; CORRÊA, 2022).

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, M.R.; CORRÊA, L.A. Desenvolvimentismos: entre a epistemologia inflexível e o relativismo absoluto. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. v. 13. n.º 2. Maio/Agosto. 2022.
- ALEX, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação de Cláudia Toledo. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª Ed. ISBN 978-972-40-2106-5. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CLARK, G.; CORRÊA, L.A.; NASCIMENTO, S.P.D. **A Constituição Econômica entre a efetivação e os bloqueios institucionais**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n.º 71, jul./dez. 2017. pp. 677-700.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA (CEPAL); CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS (CGEE). **Um grande impulso para a sustentabilidade no setor do Brasil**: subsídios e evidências para a coordenação de políticas. Documentos de Projetos (LC/TS.2020/51;LC/BRS/TS.2020/3), Santiago, 2020.
- COMPARATO, F.K. O indispensável direito econômico. Original publicado na Revista dos Tribunais. v. 353. 1965. In: COMPARATO, F.K. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- DINIZ, M.H.. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada**. 18ª Ed.: São Paulo: Saraiva, 2013.
- HORT, J.L.B. **História do Estado de Direito**. Belo Horizonte: Alameda Editorial, 2011.
- JAMES, P.; SCERRI, A.; MAGEE, L.; STEGER, Manfred B. **Urban Sustainability in theory and practice: Circles of sustainability**. New York; Abingdon: Routledge, 2015.
- PIETRO, M.S.Z.D.. **Direito Administrativo**. 34ª. Ed. ISBN n.º 978-85-309-9333-7. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- SARLET, I.W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L.G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SOUZA, W.P.A.D. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6ª. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

SOBRE OS AUTORES

Mauro Flávio Ferreira Brandão: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em *Compliance* e Integridade pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN), pela *Tradius* e pelas Escolas Institucionais do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Rio de Janeiro. Especialista em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Presidente do Conselho Deliberativo do Instituto de Defesa da Cidadania e Transparência (IDCT). Presidente do Conselho Deliberativo da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman (ABO/MG). Membro Honorário do Instituto Ética e *Compliance* (IEC/MG). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Marcelo Riceputi Alcântara: Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com ênfase em Direito Econômico e Direito Constitucional. Bacharel e mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especializações em *Compliance* e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e pela Escola Superior de Ética Corporativa. Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Vinicius Pinto Resende: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em *Compliance* e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Auditor e Implementador das ISO's 37.301 e 37.001 pela Instituto Tradius. Certificação em *Compliance* e Investigações Corporativas pela Escola Superior de Ética Corporativa de Negócios e Inovação. Colaborador voluntário em *Compliance* e Governança Corporativa na Rede Governança Brasil – RGB. Membro colaborador na Comissão de *Compliance* da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

FRAUD IN ADMINISTRATIVE MISCONDUCT IN LIGHT OF THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE

Oriane Graciani de Souza

Resumo: O presente artigo propõe uma leitura dos elementos do dolo (consciência e vontade) na conduta de improbidade administrativa sob a filosofia da linguagem desenvolvida por Wittgenstein. Busca-se traçar contornos teóricos para atribuição do dolo no ato ímprobo por meio de elementos indicativos e objetivos deduzidos da linguagem, uma vez que o agente público, eventual autor de conduta de improbidade administrativa, participa dos jogos de linguagem pelos fundamentos de fato e de direito trazidos, ou não, na motivação do ato. A releitura do dolo sob a perspectiva da filosofia da linguagem afasta a intenção ou a vontade do agente como um dado psicológico inacessível a terceiros. Depura-se seu significado como um elemento normativo, manifestado na ação e na linguagem, por meio de um compromisso de atuar do agente.

Palavras-chave: Dolo. Improbidade administrativa. Filosofia da linguagem.

Abstract: *This article proposes an interpretation of the elements of intent (consciousness and will) in administrative misconduct from the perspective of Wittgenstein's philosophy of language. The aim is to outline theoretical frameworks for attributing intent in an improper act through indicative and objective elements deduced from language, since the public official, the potential perpetrator of administrative misconduct, participates in language games based on the factual and legal grounds presented, or not, in the motivation for the act. Reinterpreting intent from the perspective of the philosophy of language disregards the agent's intention or will as a psychological fact inaccessible to third parties. Its meaning is refined as a normative element, manifested in action and language, through the agent's commitment to act.*

Keywords: *Fraud. Administrative impropriety. Philosophy of language.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Apreensão do dolo pela seara criminal; 3. A conduta de improbidade pela filosofia da linguagem; 4. Critérios para identificação do dolo; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir o dolo na improbidade administrativa, rechaçando-o de um aspecto mental e apontando critérios externos da conduta do agente que possam ser indicativos do elemento subjetivo.

O dolo é composto por dois elementos, compreendidos como consciência do agente de que está praticando uma conduta típica e como a vontade de realizar a referida ação ou omissão.

Com base na filosofia de linguagem de Wittgenstein, a abordagem deste trabalho propõe uma releitura desses elementos do dolo, para que possa ser extraído um juízo de valoração do elemento subjetivo por meio do contexto da ação e da linguagem elaborada pelo agente público no ato administrativo.

2. APREENSÃO DO DOLO PELA SEARA CRIMINAL

Num primeiro aspecto, cabe distinguir o conceito do dolo na seara penal e o conceito na seara cível, para, então, discutir qual a adoção da concepção dolosa na improbidade.

No âmbito civil, dolo consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. Trata-se de vício de consentimento, que leva à anulação do negócio jurídico (PEREIRA, 2020).

Esse dolo, erigido em defeito subjetivo do negócio jurídico, é o *dolus malus*, consubstanciado na perversidade de propósito. Distingue-se do *dolus bonus*, que consiste na prática inocente e exagerada de tentar convencer a celebração de um negócio jurídico, a exemplo de exageros publicitários.

Para anulação do negócio jurídico, o dolo deve ser essencial, ou seja, a razão determinante da celebração do ajuste. O dolo accidental não acarreta a invalidação do negócio, uma vez que, a despeito de sua constatação, o negócio teria sido celebrado, cabendo indenização à vítima pelas perdas e danos sofridos em decorrência do ardil.

Portanto, o dolo configura a utilização de um processo malicioso de convencimento, por meio de ação ou omissão, apto a produzir na vítima um estado de erro ou de ignorância, determinante de uma declaração de vontade que não seria obtida de outra maneira.

Segundo esse entendimento, o dolo pressupõe um elemento volitivo do agente.

Na seara penal, o sistema finalista de Welzel propôs o conceito de crime composto pelos seguintes elementos: fato típico, integrado pela conduta dolosa ou culposa, resultado danoso, nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e tipicidade; antijuridicidade ou ilicitude do fato; e culpabilidade, consistente na imputabilidade, inexigibilidade conduta diversa e potencial consciência da ilicitude do fato.

De acordo com esse sistema, o dolo e a culpa migraram da culpabilidade, como propugnava o sistema causalista, e passaram a integrar o fato típico.

Os elementos do tipo dividem-se em objetivos, subjetivos e normativos. Os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim

visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato; os últimos conduzem a um juízo de valor em relação aos pressupostos do injusto típico (“decoro”, “sem as formalidades legais”, “injusta” e outras expressões jurídicas). Faltando algum desses elementos, desde que expressos tipo, não haverá infração (OLIVEIRA, 2005, p.21).

O dolo configura o elemento subjetivo do tipo, integrado pelos elementos de consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos da infração. Nesses termos, age dolosamente aquele que conhece e quer a realização dos elementos previstos no tipo legal do delito, sejam eles os elementos descritivos – que delimitam objetos, seres e ações perceptíveis pelos sentidos –, sejam os elementos normativos – que exigem um juízo de valor para o seu conhecimento, muitas vezes expressos em termos como “indevidamente”, “sem justa causa” (PRADO, 2014, p.300).

Na esfera da improbidade administrativa, Fábio Medina Osório discorre que o dolo é a vontade e a consciência de realizar a conduta, ou seja, o caminho intencional percorrido pelo agente, de modo que a intenção pressupõe a consciência (OSÓRIO, 2009, p.360).

Diante das definições acima colacionadas, sustenta-se que, no âmbito da improbidade, a noção de dolo a ser aplicada é aquela do direito penal, e não do direito civil.

Partindo-se da premissa do princípio da legalidade, defende-se a aplicação da teoria da ação ou teoria da conduta do ilícito penal igualmente na seara da improbidade administrativa, como uma teoria geral de imputação de ilícitos regidos pelo direito público (DEZAN; CARMONA, 2020, p.34).

No sistema sancionador da Lei n.º 8.429/92, a aferição do elemento subjetivo é um requisito prévio do exegeta para eventual tipificação da conduta como improbidade, pois a responsabilização por ato de improbidade se dá quando caracterizado o dolo.

No âmbito criminal, vigora o princípio da legalidade penal, pelo qual *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal).

Diversamente, na seara cível, não há especificações de condutas dolosas previamente estipuladas em lei.

À semelhança da existência de ilícito penal, a ocorrência de improbidade exige uma lei prévia à existência do fato; que essa lei prévia seja escrita, obstando o uso de costumes para tipificação do ilícito; que a lei prévia defina condutas estritas (embora passíveis de integração por conceitos jurídicos indeterminados); que a lei traga delimitações das formas que o Estado entende como improbidade; e que a lei tipifique as condutas nocivas ao patrimônio público (GARCIA, 2004, p.59).

Se, de um lado, o agente não pode alegar desconhecimento da lei (invocando-se de excludente de culpabilidade por desconhecimento da ilicitude do fato), de outro lado, não pode ser processado, julgado e condenado por modalidade de improbidade que não esteja previamente prevista em lei.

Outro ponto que leva à adoção do dolo na improbidade pela teoria da conduta é a ideia de que a ação consiste num exercício de atividade finalística.

Segundo Welzel, o ser humano não age de modo desvinculado da finalidade que persegue (NEISSER, 2019, p.134).

Portanto, no âmbito da improbidade, a conduta ilícita dolosa tem por finalidade, em última análise, a transgressão de normas e princípios que regem a atividade estatal.

Assim, a conduta dolosa implica a violação a bens jurídicos tutelados, erigidos pelo Estado como relevantes, quais sejam, o patrimônio público e a moralidade administrativa, tal como ocorre na esfera penal, em que se elegem os bens jurídicos passíveis de proteção, cuja transgressão seja juridicamente relevante e implique punição.

Por outro lado, o dolo na seara cível não visa necessariamente proteger bens jurídicos relevantes, mas implica vício da vontade, ou seja, visa tutelar mais a clareza e a veracidade do consentimento no negócio jurídico do que propriamente o bem lesionado.

A gradação do dolo na área cível, em que se admite o *dolo bonus*, entendido como o exagero ou propaganda exacerbada para fins de convencimento, não é admitida nos ilícitos penal ou de improbidade.

Por fim, mais um argumento favorável à adoção de dolo do ilícito penal para a improbidade é a questão de que as sanções da improbidade se assemelham ontologicamente às sanções penais, cujas finalidades são de punição, restrição de direitos e reparação, enquanto na seara cível a sanção tem por escopo a reparação ou o ressarcimento.

3. A CONDUTA DE IMPROBIDADE PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Aplicando-se a ideia do dolo extraído da seara penal à improbidade, propõe-se no presente trabalho a adoção da filosofia da linguagem, conforme proposições de Wittgenstein, como base para a imputação do elemento subjetivo.

A abordagem do pensamento filosófico sobre o comportamento intencional permite elucidar o aspecto da desarticulação entre a intencionalidade e uma vivência consciente e causal de um estado mental anterior à ação, a referenciação do comportamento intencional e uma racionalidade implícita na ação constatável exteriormente e a coincidência entre o reconhecimento da linguagem de um comportamento e sua identificação social (PALMA, 2002, p.49-50).

A releitura do dolo sob a perspectiva da filosofia da linguagem afasta a intenção ou a vontade do agente como um dado psicológico inacessível a terceiros. Por meio de parâmetros normativos, permite que a conduta seja valorada como dolosa porque representou um compromisso do autor com a ação ofensiva realizada.

A filosofia da linguagem alude ao sentido de que o dolo não é um fato, mas sim consiste na atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, expressa em um compromisso com a lesão de tal bem.

Propõe-se um sentido aos elementos do dolo, compostos pelo conhecimento e pelo querer.

Esses elementos são passíveis de aplicação para o entendimento do elemento subjetivo na improbidade.

A ideia do dolo como um processo mental é algo inacessível, justamente porque não é dado a ninguém entrar na psique do outro para descobrir o pensamento que se passa antes ou no momento da conduta.

Com base na filosofia de Wittgenstein, refuta-se a teorização que pensamento é um processo incorpóreo.

Entende Wittgenstein que o pensar não é um processo incorpóreo que empresta à fala vida e sentido, e que da fala se poderia separar, como o Maligno retira do chão a sombra de Schlemihl. O próprio filósofo indaga: mas como “não é um processo incorpóreo”? Conheço processos incorpóreos, mas o pensar, então, não é um deles? Apresenta como resposta: não tomei a expressão “processo incorpóreo” como auxílio na minha agonia em querer explicar o significado da palavra “pensar” de uma maneira primitiva (WITTGENSTEIN, Número 339, p. 194-195).

Segundo Wittgenstein, falar do pensamento como uma “atividade mental” produz confusão. Podemos dizer que

pensar é essencialmente a atividade de operar com signos. Esta atividade é realizada pela mão, quando pensamos escrevendo; pela boca e laringe, quando pensamos falando; e se pensarmos imaginando signos ou imagens, não posso indicar-lhes um agente que pense. Se for dito então que nestes casos é a mente que pensa, eu apenas chamaria a atenção para o fato de que uma metáfora está sendo usada, que aqui a mente é um agente em um sentido diferente daquele em que pode ser dito que a mão é o agente ao escrever (WITTGENSTEIN, 2003, p.3).

O emprego de algo como signo faz surgir o significado, de modo que o signo tem vida mediante seu uso. A própria linguagem é o veículo do pensar (WITTGENSTEIN, Número 329, p.190).

Diante da premissa de que o pensamento não é algo incorpóreo, pensar é algo que se faz por meio da linguagem, de cujo uso derivam tanto o significado quanto o pensamento, o conhecimento e a compreensão (VIVES ANTON, 2019, p.112).

É mediante uma atividade pragmática que se expressa a intenção e, por conseguinte, o dolo. Logo, o dolo, enquanto intenção, não é algo incorpóreo. A intenção se consubstancia pela própria ação contextualizada (CABRAL, 2010, p.139).

Por consequência, a conexão intencional, ao invés de se produzir no interior (na mente do sujeito), estabelece-se no meio público.

A noção de que o pensamento é uma linguagem privada pode, de igual modo, ser rechaçada segundo a concepção de Wittgenstein.

Não se pode conceber uma linguagem privada, uma vez que toda linguagem somente tem significado de forma pública e intersubjetivamente.

No tocante ao elemento cognitivo, a verificação do dolo demanda o conhecimento como “saber o que”, e o conhecimento como “saber como”.

“Saber o que” implica o conhecimento como consciência das circunstâncias. “Saber como” representa o domínio de uma habilidade linguística (CABRAL, 2010, p.188).

Esses parâmetros rompem com a busca de se analisar dados psicológicos do agente, inacessíveis.

Procura-se analisar manifestações externas e, por meio dessas manifestações externas, averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender suas intenções expressadas na ação (VIVES ANTON, 1996, p.237).

O que se passa internamente na mente do sujeito resulta inacessível, até que ele assim o expresse por meio de ação e de linguagem.

O aspecto do conhecimento como “saber o que” refere-se ao conhecimento sobre as circunstâncias da ação, ou seja, a consciência sobre a ação significativa que o agente realiza.

Para caracterização desse aspecto do elemento cognitivo do dolo, o agente deve ter consciência dos fatos e de suas circunstâncias, contextualizados na ação significativa, além dos elementos descritivos e normativos referidos no tipo objetivo.

O ideal é que se avalie o conhecimento como contemporâneo à atuação do sujeito (BUSATO, 2013, p.414). Por esse posicionamento, o autor deve ter conhecimento das circunstâncias da ação enquanto comete o ilícito.

Entretanto, é possível que esse conhecimento seja prévio à ação, e, por vezes, o agente nem sequer pensa no elemento normativo enquanto pratica o ato.

O domínio de determinada técnica torna o sujeito capaz de fazer previsões a respeito de seus comportamentos. Essas previsões não derivam de fatores internos, porém de práticas intersubjetivas, de hábitos sociais, do reconhecimento a respeito do que comumente acontece de determinada realização (BUSATO, 2013, p.412).

O domínio de uma técnica permite dimensionar a capacidade de fazer previsão e, assim, assumir a responsabilidade pelo resultado.

A capacidade de assumir resultados significativos e assumir compromissos consiste no domínio de uma técnica representa o “saber como”, integrante do elemento cognitivo do dolo (CABRAL, 2010, p 192).

Necessário compreender que o domínio de uma técnica consiste em saber jogar os jogos de linguagem no sistema linguístico de verificação.

O domínio de uma técnica é feito por habilidades humanas, que podem ser desenvolvidas por experiência ou aprendizagem. Essas habilidades advindas por experiência ou conhecimento resultam de uma cultura, e não de experiências individuais, ao seguir uma regra linguística, segundo Wittgenstein.

A adoção do critério do domínio de uma técnica na aferição do dolo permite que terceiros, inclusive aqueles que por não dominarem as técnicas, realizem um juízo de valor sobre as condutas, pois existem regras públicas e intersubjetivas que possibilitam estimar se o agente tinha ou não capacidade de inferir as consequências de sua ação e se assumiu ou não um compromisso com o resultado significativo (CABRAL, 2010, p.206).

Além do elemento cognitivo, propõe-se que o dolo seja integrado também pelo elemento volitivo, aspecto reputado prescindível pelos adeptos das teorias normativo-cognitivas.

Embora se reconheça a relevância das teorias normativo-cognitivas, o dolo envolve algo mais que o simples conhecimento. Engloba também a realização intencional de determinada ação.

O erro, o equívoco, o acidente, ainda que tenham consequências no âmbito penal e no das improbidades, não possuem a mesma relevância que a intenção, notadamente pela vinculação inicial que se estabelece entre o agente e o resultado de sua ação.

A inclusão da vontade no conceito de dolo é relevante para se estabelecer limites entre o dolo e a imprudência, pois, caso fossem tomados como sinônimos, a culpa ou o erro grosseiro em caso de improbidade seriam considerados como responsabilidade dolosa.

Assim, para a caracterização do dolo, é necessário o elemento volitivo, que se traduz na intenção.

Quem atua com dolo, atua com o compromisso para com a realização do resultado, ou seja, com um querer dirigido à produção do resultado, já que quem quer, quer algo. Entretanto, esse querer não pode ser confundido com um desejo longínquo ou com motivações pessoais para atuar (BUSATO, 2013, p.414).

A intenção não pode ser confundida com o estado mental do agente, com seu ânimo ou emoção, o que resulta inacessível. Segundo Wittgenstein, o “interior” é uma ilusão (WITTGENSTEIN, 2014, p. 355).

Intenção deve ser compreendida como a pretensão significada de realizar determinada ação.

Trata-se de uma manifestação linguística pela qual o sujeito apresenta uma forma de intervenção no mundo, por meio de uma ação.

Se o querer não deve ser uma espécie de desejo, então tem que ser a própria ação. Ele não pode não funcionar como ação. Se ele é ação, então o é no sentido habitual da palavra; portanto: falar, escrever, andar, levantar alguma coisa, imaginar alguma coisa. Mas também: ambicionar, tentar, esforçar-se – para falar, escrever, levantar alguma coisa, imaginar alguma coisa etc. (WITTGENSTEIN, Número 615, p. 297-284).

A vontade se expressa na ação, pelo compromisso de levar a cabo determinada conduta.

Pela teoria da linguagem, conforme explanado, podem ser extraídos os elementos cognitivo e volitivo que comprovam o dolo em caso de vício na motivação, o que será aferido sempre no caso concreto.

4. CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DO DOLO

O agente público, no exercício de suas funções, cotidianamente toma decisões e produz atos administrativos que materializam essas decisões.

Assim, o exame de eventual improbidade ocorre posteriormente, por órgãos de controle ou pelo órgão judicial na função de julgamento da imputação ao agente.

O dolo só pode ser determinado por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, por meio de fatos conhecidos e suficientemente provados. A partir do momento que os fatos são inseridos em um discurso racional e num conjunto probatório, pode-se conduzir à conclusão de que, em determinado contexto, a ação é justificável (ou não) em face dos princípios que regem a Administração Pública (FERREIRA, 2019, p.11).

Por meio da filosofia de linguagem de Wittgenstein, Glock identificou os seguintes critérios de prova do dolo: o contexto, as explicações e as confissões (GLOCK, 1998, p.279).

Além desses critérios para aferição do dolo na improbidade, indica-se, de igual modo, o cotejo da conduta ante as técnicas que o autor dominava e a averiguação de uma manifestação externa que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico e a probidade administrativa.

O contexto é o principal critério para demonstração do dolo no conjunto probatório. Não há como comprovar a prática de improbidade por meio de conduta em abstrato.

Quando se indaga pelas razões de uma dada ação, na realidade se está em busca de uma explicação para aquela ação específica, de uma descrição completa que permita compreender por que o agente entendeu que aquela conduta, naquele momento e daquela forma, seria adequada e justificada. A razão para uma ação conhecida só pode ser compreendida pelo seu propósito ou fim, que deve ser inteligível como algo que vale a pena fazer em determinadas condições (KORSGAARD, 2008, p.221).

Outra técnica é a de requisição de resposta do alerta ou da recomendação, que vincula o ato de resposta com a ciência do agente de seu teor.

As explicações do agente relevam as intenções por meio de manifestações expressas antes do ilícito (por exemplo, confidencia-se para alguém que tem o intuito de praticar o ato), durante ou depois.

As hipóteses de manifestação direta do autor, ao afirmar que estava consciente dos fatos e circunstâncias, não revelam dificuldade para aferição do dolo. Todavia, mais comum é que a manifestação da intenção seja comprovada por meios indiretos, como pela oitiva de testemunhas.

A confissão deve estar em consonância com o contexto da ação.

Cite-se como outro critério para identificação do dolo a averiguação da conduta diante das técnicas que o autor dominava.

A valoração do elemento cognitivo do domínio de uma técnica implica a verificação do conhecimento e de habilidades dominadas pelo agente, que integram sua capacidade de prognosticar os resultados significativos de sua ação.

Ainda, é possível a valoração do conhecimento específico em razão da própria exigência do cargo, por conhecimento acadêmico do agente ou por conhecimento especializado de suas atribuições (mediante realização de cursos e capacitações na área de atuação).

Por fim, a atribuição do dolo pode ser deduzida de uma manifestação externa, mediante linguagem, motivação ou até falta de fundamentação do ato, que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico, o patrimônio público tutelado e a probidade administrativa.

5. CONCLUSÃO

Após análise do tema, foram extraídas as seguintes conclusões:

A adoção da teoria da conduta do finalismo para a definição do dolo na teoria da improbidade.

A filosofia da linguagem permite concluir que o dolo não é um fato, mas a atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, no qual se expressam conhecimento e vontade.

O elemento cognitivo pode ser composto em “saber o que” e “saber como”. “Saber o que” implica o conhecimento como consciência das circunstâncias. “Saber como” representa o domínio de uma técnica, pelo qual o agente pode dimensionar sua capacidade de fazer previsão e, assim, assumir a responsabilidade pelo resultado.

A intenção é o compromisso para com a realização do resultado, ou seja, com um querer dirigido à produção do resultado.

A compreensão dos elementos do dolo à luz da filosofia da linguagem afasta o processo mental, inacessível a terceira pessoa que não o autor, e busca afirmar o caráter público do querer e do saber.

O agente público participa dos jogos de linguagem por meio dos fundamentos de fato e de direito trazidos, ou não, na motivação do ato.

CrITÉRIOS objetivos para identificação do dolo: o contexto, as explicações e as confissões do agente, o cotejo da conduta diante das técnicas que o autor dominava e a averiguação de uma manifestação externa que contemple uma atuação apta a vulnerar o bem jurídico e a probidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo e linguagem**: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia de linguagem. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2010.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Contributo para uma ontologia unitária da imputação do ilícito. In: **Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos**: Serviços Públicos e concretização de Direitos fundamentais. Volume 2. Curitiba: CRV, 2020.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Rev. Direito GV**, vol.15, n.º 3. São Paulo, 2019, p.11. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211>. Acesso em: 15 dez. 2020.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 7ª edição. Tomo I, volume I. São Paulo: Saraiva, 2004.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Tradução Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

KORSGAARD, Christine M. **The constitution of agency**: essays on practical reason and moral psychology. New York: Oxford University Press, 2008.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, Maria Fernanda. **Dolo eventual e culpa em direito penal**. Problemas fundamentais do direito penal. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 33, rev., atual. Language: Portuguese, Base de dados: Minha Biblioteca. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984298/cfi/6/92!/4/66/2@0:0>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: **Dolo e direito penal: modernas tendências**. Coord. Paulo César Busato. 3ª edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução João José R. L. de Almeida. Wittgenstein Translations. Número 339, p. 194-195. Disponível em: <<http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Los Cuadernos azul y marrón**. Madrid: Ed. Tecnos, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Últimos escritos sobre a filosofia da psicologia**. Tradução de Antônio Marques, Nuno Venturinha e João Tiago Proença. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

SOBRE A AUTORA

Oriane Graciani de Souza. Mestre em Direito pelo UniCEUB. Especialização em Direito “Crimen organizado, corrupción y terrorismo” pela Universidade de Salamanca/Espanha. Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FESMPRS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Associada da ABRAMPA (Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente). Associada do IDUB (Instituto de Direito Urbanístico de Brasília). Promotora de Justiça do Estado de Goiás (MPGO).

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA FALTA DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

ADMINISTRATIVE IMPROBITY IN THE LACK OF MONITORING OF OUTSOURCED SERVICE PROVISION CONTRACTS

Ileana Neiva Mousinho

Resumo: A Administração Pública deve observar os princípios da boa governança, planejando as contratações para escolher o melhor contratante e facilitar o trabalho dos fiscais de contratos. Quando, todavia, o dever de boa governança é abandonado, observa-se a contratação de serviços a empresas inidôneas (culpa *in eligendo*), que descumprem as obrigações trabalhistas dos trabalhadores vinculados aos contratos, sem que a fiscalização contratual seja eficiente em coibir a ocorrência de danos ao erário e aos trabalhadores (culpa *in vigilando*). Todavia, não se pode imputar apenas culpa ao administrador público que não realiza uma boa governança contratual. Há situações nas quais é possível identificar o dolo específico e enquadrar os atos de má contratação e ineficiente fiscalização contratual em atos de improbidade. Nesse artigo, será demonstrado como se comprova a improbidade administrativa nas falhas, sistêmicas e voluntárias, dos fiscais e gestores de contratos, com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre ônus da prova (Tema 1.118) e sobre erro grosseiro (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 6.421/DF).

Palavras-chave: Governança. Contratos de Prestação de Serviços Terceirizados. Fiscalização de Contratos. Condutas sistêmicas e voluntárias. Sucessão de erros grosseiros. Dolo Específico. Caracterização da Improbidade Administrativa.

Abstract: *The Public Administration must observe the principles of good governance, planning procurement processes to select the best contractor and to facilitate the work of contract inspectors. However, when the duty of good governance is neglected, what we see are contracting services to unscrupulous companies (culpa in eligendo), which fail to fulfill the labor obligations of workers bound by contracts, without effective contract oversight in preventing damage to the Treasury and workers (culpa in vigilando). However, blame cannot be attributed solely to the public administrator who fails to practice good contract governance. There are situations in which it is possible to identify specific intent and classify the acts of poor contracting and inefficient contract oversight as acts of misconduct. This article will demonstrate how administrative misconduct is proven in the systemic and voluntary failures of inspectors and contract managers, based on the decisions of the Supreme Federal Court on the burden of proof (Topic 1,118) and on gross error (Direct Action of Unconstitutionality - ADI No. 6,421/DF).*

Keywords: *Governance. Outsourced Service Provision Contracts. Contract Oversight. Systemic and Voluntary Conduct. Succession of Gross Errors. Specific Intent. Characterization of Administrative Misconduct.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O descumprimento do dever de fiscalização dos contratos administrativos e a configuração da improbidade administrativa. 3. O Tema n.º 1.118/STF, a governança e fiscalização dos contratos administrativos e a configuração do dolo específico. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem o dever de criar e implementar política pública de governança. A governança, segundo a definição do Decreto n.º 9.203/2017¹, é um “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

Entre os mecanismos para o exercício da governança pública estão a integridade e a responsabilidade, que devem incluir, no caso da contratação de serviços “terceirizados”, a forma de acompanhamento dos resultados esperados das contratações públicas.

Esses resultados, no Estado Democrático de Direito, não são apenas econômicos, mas, também, sociais, como determina a Constituição Federal de 1988 e os tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil, para respeito aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores e trabalhadoras.

Com efeito, os resultados esperados das contratações de serviços estão citados no art. 11, e seu parágrafo único, da Lei n.º 14.133/2021, que afirma ser objetivo da Administração Pública, entre outros, incentivar o desenvolvimento nacional sustentável e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. Igual objetivo informa a Lei n.º 13.303/2016 quanto à Administração Pública indireta.

A Lei n.º 14.133/2021, no seu art. 5º, afirma que a interpretação de suas normas deve observar o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, em clara sintonia com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16, da Organização das Nações Unidas (ONU), segundo o qual as Instituições devem buscar a paz e a justiça sociais.

Nessa sintonia, a Lei n.º 14.133/2021 impõe, no seu art. 62, o dever da Administração Pública, na fase de habilitação dos licitantes, verificar a sua capacidade social e trabalhista. Segundo o § 1º do art. 63 da mesma Lei,

constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a

1 Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

Portanto, a governança pública inclui o correto planejamento das contratações de serviços “terceirizados”. Mas, além de ter em foco a correção das licitações e contratações, uma estrutura de governança adequada deve avaliar não somente o risco inicial da contratação, mas monitorar todo o curso do contrato, evitando riscos decorrentes da inexecução contratual, como é o caso da falta de pagamento de verbas trabalhistas aos empregados utilizados no contrato.

Por isso, a Lei n.º 14.133/2021 determina que “as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social”, sujeitando-se a três “linhas de defesa”, que incluem a atuação de agentes públicos de diversos graus hierárquicos (art. 169).

Logo, a fiscalização contratual é um dever da Administração Pública, que inclui a atualização constante dos agentes da estrutura estatal de governança, a respeito de condutas das contratadas que possam colocar em risco os objetivos de eficiência e de sustentabilidade social dos contratos.

A função de controle preventivo das contratações e de fiscalização dos contratos está legalmente cominada aos agentes ocupantes dos cargos nominados no art. 169 da Lei n.º 14.133/2021, de modo que o descumprimento do dever de governança e fiscalização contratual pode, se comprovado o dolo específico, caracterizar ato de improbidade administrativa desses agentes públicos.

À luz dos fatos relativos ao planejamento das licitações, às contratações e fiscalizações contratuais, pode-se verificar a existência de dolo específico dos agentes públicos que não cumpriram as normas preventivas para contratações e/ou não fiscalizaram o contrato. Em outras palavras, o desrespeito às normas de planejamento da licitação, de contratações e de fiscalização pode evidenciar que servidores públicos ou agentes políticos agiram com dolo específico, para favorecer terceiros e/ou locupletar-se dos contratos de prestação de serviços “terceirizados”.

Nesse artigo, especificamente quanto à fiscalização contratual, demonstrar-se-á que o reconhecimento do enquadramento da má fiscalização contratual como ato de improbidade é essencial para fortalecer o microssistema jurídico de combate à improbidade administrativa e melhorar a governança dos contratos.

Por outro lado, diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Tema n.º 1.118, o Ministério Público brasileiro, além da função que já vem exercendo no fomento à criação de Programas de

Integridade, com o objetivo de melhorar a fiscalização dos contratos, tem uma importante missão na notificação dos entes públicos, quando tiverem conhecimento de descumprimento de obrigações trabalhistas, para que haja a correção da conduta.

A notificação, prevista no item 2 do Tema n.º 1.118/STF, marca o momento no qual o agente público, se não adotar as medidas para a contratada cumprir as obrigações trabalhistas, será considerado negligente, para fins trabalhistas (reconhecimento da responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos débitos trabalhistas), e, também, ímprobo, pois a inércia demonstra o dolo específico de causar dano à Administração Pública de pagar duplamente pelos débitos trabalhistas da contratada.

2. O DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A CONFIGURAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei n.º 14.133/2021 impõe os deveres de governança responsável nas contratações (art. 11, parágrafo único) e estabelece, no seu art. 50, quais documentos o servidor público, designado fiscal do contrato, deve solicitar à empresa prestadora de serviços terceirizados, contratada pela Administração Pública. Necessário esclarecer que o rol de documentos citados no art. 50 não é taxativo, pois há a utilização, na norma, da expressão “em especial”, a demonstrar o rol exemplificativo.

A fiscalização contínua, periódica e documentada da execução contratual é uma das formas de evitar riscos para a execução contratual (art. 69, § 3º, da Lei n.º 14.133/2021) e perdas para o patrimônio público. Por isso, não é permitido ao gestor público alegar desconhecimento da lei e não estruturar um sistema de integridade pública, que preveja a fiscalização dos contratos que firmar.

Após a alteração da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92 - LIA) pela Lei n.º 14.230/2021, é necessária a comprovação da conduta dolosa do agente público para configuração do ato de improbidade administrativa. A norma define o dolo como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da lei.

No que se refere à fiscalização dos contratos, o art. 11, VIII, contém a tipificação da conduta de “descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas”, o que se estende a quaisquer tipos de contratos, inclusive os de prestação de serviços “terceirizados”. A Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013) prevê como condutas típicas as fraudes na licitação e na execução contratual (art. 5º, IV).

As duas normas tipificam as condutas ilícitas em decorrência de um reconhecimento prévio do dano *in re ipsa* na falta de fiscalização contratual, que permite a ocorrência de fraudes na execução dos contratos. A conduta de não fiscalizar um contrato, convênio ou parceria viola o sistema de tutela da probidade administrativa, pois este erige um controle como um dos seus pilares.

Assim, a conduta do agente público é de clara violação dos deveres de honestidade, lealdade, imparcialidade e legalidade. Na defesa do patrimônio público, o bem jurídico tutelado é o correto exercício da função pública e a integridade do patrimônio público, de modo que a intenção de violar esses preceitos já configura o dolo necessário à responsabilização, mesmo que o resultado material não seja sempre imediato, mas a potencialidade do dano ao erário e de fratura no sistema de integridade é visível.

Em outras palavras, uma resistência do gestor em nomear um fiscal de contrato, em algum momento, resultará em dano ao erário ou, por outro lado, a falta de nomeação está sendo realizada de forma consciente para a satisfação de intenções desonestas e para que não haja controle sobre a execução contratual.

Não se olvida que o § 1º do art. 11 da LIA, reportando-se à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção², afirma que “somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”. Porém, é preciso conjugar o fato de que uma tipificação de ato ilícito ocorre por meio de fatos verificados na vida social. E sabe-se que o proveito ilícito de um agente público não é somente aferido sob o ponto de vista patrimonial imediato. Explica-se: um agente público, ao não estruturar um sistema de controle e fiscalização de contratos, pode se beneficiar de uma repartição financeira do valor do contrato (dano patrimonial direto à Administração Pública), mas pode também obter um proveito político (indicar os empregados utilizados no contrato) e, com essa conduta ímproba, causar danos, de forma consciente, ao sistema de integridade da Administração Pública.

Quando se interpreta o §1º juntamente ao §3º do art. 11 da LIA, observa-se que a exigência de indicação das normas constitucionais, legais ou infraconstitucionais violadas ratifica o entendimento de que há espécies de violações cujo descumprimento *in re ipsa* não permite que se infira que não há intenção do agente de violar princípios do próprio sistema de defesa da probidade administrativa.

Com efeito, o legislador da Lei n.º 14.133/2021, diante das regras da experiência, já concluiu que, sem fiscalização contratual, há risco de as contratadas não pagarem verbas trabalhistas e não recolherem

.....
2 Promulgada pelo Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

encargos sociais, na forma e valores corretos. Por isso, a nova Lei, assim como a anterior³, impõe a designação de um fiscal de contratos e, de forma mais efetiva, estabelece as formalidades e documentos que devem ser carreados para um procedimento de acompanhamento da execução contratual. Logo, pode-se concluir que a boa fiscalização de contratos é elemento estruturante do sistema de proteção da probidade administrativa, e a violação desse sistema constitui um dano *in re ipsa*.

Em outras palavras, há violações ao sistema estruturante de defesa da probidade administrativa, constituintes de lesões tão graves e evidentes à ordem jurídica, que é impossível pressupor que servidores públicos concursados, comissionados e agentes políticos não tenham conhecimento sobre rotinas tão básicas e inerentes à boa governança, como são as normas de controle e fiscalização de contratos.

No art. 10, a LIA estabelece que constitui ato de improbidade administrativa condutas que importem perda patrimonial ao erário. Logo, a falta de fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados com o consequente prejuízo ao erário, decorrente da sua condenação subsidiária ao pagamento de verbas trabalhistas dos empregados destacados para o contrato, pode configurar ato de improbidade. Ora, se há a intenção de não fiscalizar e há a perda patrimonial, não há dúvida de que está provado o dolo específico.

Ainda que a má fiscalização, quando percebida no início, não tenha causado prejuízo ao erário, como ocorre quando o Ministério Público notifica o agente público para que organize o procedimento de acompanhamento da execução contratual e esse o atende, é preciso verificar se, ao longo da execução contratual, outros supostos erros “menores” ocorreram. Essa sucessão de “erros” pode caracterizar o dolo específico do agente público, não sendo correto, nesse caso, examinar os “erros”, em frações de tempo separadas, o que poderia levar à conclusão de que foram “equivocos do administrador”, ou seja, condutas autônomas, de mera desídia ou negligência, ou seja, culposa.

Não é possível que se infira que a notificação do Ministério Público, se for atendida pelo gestor público, e forem pagas as verbas trabalhistas, afastaria o dolo específico, pelo simples fato de o Tema n.º 1.118/STF utilizar a expressão “negligência”. A correta interpretação, inclusive, à luz de outra decisão do Supremo Tribunal Federal, é a de que, se houver uma sucessão de erros, haverá ofensa ao sistema de controle e governança públicos.

A tutela jurídica da probidade administrativa é, também, uma tutela preventiva e faz parte da prevenção a responsabilização do agente que, em continuidade delitiva, quanto ao mesmo contrato, age para derruir normas estruturantes do sistema de controle interno dos entes públicos, como é a fiscaliza-

.....
3 Lei n.º 8.666/93

ção dos contratos.

Corroborar esse entendimento a Lei n.º 14.133/2021 ao determinar: “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador” (art. 1º, § 4º). Entre esses princípios, além dos princípios da legalidade e tipicidade, é importante lembrar do princípio da razoabilidade, pois não é razoável pensar que um administrador público não sabe que é necessário acompanhar a execução do contrato, se há cláusula obrigatória de fiscalização dos contratos, em todos os “modelos” de contratos já plenamente difundidos na Administração Pública, e assinados pelo próprio gestor público.

Logo, no que toca à caracterização de improbidade administrativa por falta de fiscalização dos contratos, não é desconhecido de nenhum agente público, desde a anterior Lei de Licitações e Contratos, de 1993, que há um dever de designação de fiscal de contrato para cada contrato administrativo firmado e, mais, um dever de estruturação eficiente da fiscalização contratual, pois a norma estabelece que será nomeado um ou mais fiscais do contrato (o que demonstra a preocupação com a proporcionalidade entre o número de trabalhadores engajados no contrato, a extensão territorial da área de trabalho ou o trabalho para múltiplos órgãos dentro da mesma contratação).

A norma também faculta à Administração Pública contratar assessoria especializada para auxiliar o(s) fiscal(is) de contratos, o que demonstra atenção à complexidade do contrato e a permissão de variados meios para tornar possível a fiscalização contratual.

Por conseguinte, pode-se afirmar que não há gestor público que não tenha conhecimento de que a gestão do patrimônio público exige controle e que existem normas estruturantes ou básicas do sistema de controle, como a transparência e a fiscalização dos contratos administrativos. Ademais, não é possível ao gestor alegar desconhecimento da lei.

Dito isso, voltando-se ao art. 10 da Lei n.º 14.230/2021, observa-se que, após a expressão “e notadamente”, uma das condutas tipificadas como ato de improbidade é a falta de adoção das cautelas legais na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas (inciso XIX).

Assim como no direito penal, no direito administrativo sancionador aplica-se o princípio da tipicidade. Logo, a pergunta que se impõe é: O inciso XIX do art. 10 aplica-se, exclusivamente, à falta de fiscalização e análise de prestações de contas de “parcerias” e não de contratos de prestação de serviços com uso exclusivo de mão de obra, com empresas especializadas na prestação de serviços terceirizados?

À primeira vista, pelo princípio da tipicidade, poder-se-ia responder, apressadamente, que sim.

Porém, o *caput* do art. 10 utiliza a expressão “e notadamente”, e depois exemplifica algumas hipóteses. Logo, não há possibilidade de restrição de entendimento, e a falta de eficaz fiscalização, que cause um dano ao erário (essa é condição *sine qua non*, conjugada com o dolo do agente público), consubstancia um ato de improbidade administrativa, em todas as espécies de contratos, convênios e parcerias administrativas.

Não há lógica, no sistema de tutela da probidade administrativa, em o intérprete adotar uma interpretação que não seja sistemática e teleológica. Não faz sentido o intérprete considerar ato de improbidade o ato que cause dano ao erário, com omissão dolosa do agente, em não fiscalizar uma Organização Social que firmou parceria com a Administração Pública, e não considerar ato de improbidade a omissão dolosa do agente que não fiscalizou uma empresa prestadora de serviços terceirizados.

Com efeito, em todas as espécies de contratos, convênios e parcerias público-privadas, incumbe à Administração Pública o dever geral de controle, e, por conseguinte, também configura ato de improbidade administrativa deixar o administrador público de designar fiscal de contrato, não lhe dar condições de trabalho e não acatar as suas recomendações referentes a imposições de sanções à contratada ou de rescisão contratual, nos contratos de prestação de serviços com uso exclusivo de mão de obra⁴.

Para além dessa interpretação, na própria Lei n.º 8.429/92 há tipificação de ato de improbidade nitidamente relacionado à fiscalização de contratos. Trata-se do inciso XI do art. 10, qual seja, permitir liberação de verbas públicas sem estarem atendidas as condições contratuais. É exatamente isso que ocorre quando um fiscal de contratos atesta a regularidade das verbas trabalhistas pagas aos trabalhadores “terceirizados” e autoriza o pagamento, à contratada, do valor da fatura de prestação de serviços, sem que efetivamente os trabalhadores tenham recebido seu pagamento.

Essa conduta não pode ser considerada meramente culposa, pois há clara prescrição na Lei de Licitações e Contratos sobre o dever de requisição de documentos (art. 50), que devem ser analisados e conferidos pelo fiscal do contrato, para só então atestar a regularidade dos pagamentos e o gestor do contrato assentir com a liberação do pagamento à contratada. E o item 4 do Tema n.º 1.118/STF também enuncia esse entendimento.

Diante dos expressos termos do item 4 do Tema n.º 1.118/STF, não se pode mais afirmar que há um mero erro na conduta de o administrador público pagar à contratada, sem conferir se houve o pagamento das parcelas trabalhistas aos trabalhadores. Cabe lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em recentemente decisão, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.421/DF

.....

4 A Lei n.º 14.133/2021, em seu artigo 156, determina que serão aplicadas, aos responsáveis pelas infrações administrativas previstas, as sanções de advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Segundo Melo (2021, p. 19), a nova lei de licitações tipificou melhor as condutas reputadas irregulares, agregou transparência, previsibilidade e segurança para as relações jurídicas convencionadas entre licitante/contratado e Administração.

(BRASIL, 2024a) e considerou constitucional o art. 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), que determina: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas no caso de dolo ou erro grosseiro”.

Logo, ao considerar constitucional essa norma, o STF reconhece que o erro grosseiro também é inescusável, e excluí-lo, como elemento caracterizador da responsabilidade do agente público, geraria proteção deficiente do direito fundamental dos cidadãos a uma Administração Pública com controle e eficiência. Não por acaso, a ADI n.º 6.421/DF está classificada como ação relacionada com o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16) da ONU, pois trata de tema afeto à eficácia e transparência das instituições públicas.

No julgamento da ADI n.º 6.421, o STF ressaltou que o legislador deve “respeitar o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente”, para decidir, então, que o erro grosseiro é causa de responsabilidade do agente público. Dessarte, a sucessão de erros grosseiros deve ter uma consequência jurídica: caracterizar o dolo.

Por exemplo, não é suficiente que o fiscal do contrato alegue que notificou a contratada para corrigir a conduta e pagar as verbas trabalhistas ou recolher o FGTS, mas não aplique advertência nem qualquer outra penalidade prevista no contrato ou na Lei. A mera notificação não significa fiscalização eficaz, como já decidiu o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 1.450/11. Veja-se:

Acórdão 1.450/2011-TCU-Plenário: 1. É dever do Gestor Público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando do interesse da Administração, ou a rescisão da avença (TCU, 2011a).

[...]

O controle do contrato está inserido na obrigação constitucional do controle administrativo, trata-se então da aplicação do autocontrole, também denominado de autotutela, na qual possui a administração pública o poder/dever de criar, revogar, anular e rever de ofício seus atos. Esse poder encontra amparo na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, podendo assim, exercer o referido controle por meio de seus órgãos internos.

Extraí-se do entendimento do Tribunal de Contas da União que a fiscalização deve ser tempestiva e adotar medidas efetivas para fazer cessar a conduta irregular da contratada. Desse modo, a falta de adoção de medidas para fazer cessar a conduta danosa, seja pelo fiscal do contrato, pelo gestor do con-

trato ou pela alta autoridade do órgão, consubstanciará ato de improbidade porque a sucessão de erros grosseiros retira os atos do mero campo da negligência e evidencia o dolo específico.

Ademais, observando-se o princípio do processo administrativo sancionador, haverá a individualização da responsabilidade de cada um dos agentes envolvidos. Existem perguntas que podem ser feitas, no inquérito civil, cuja resposta evidenciará o dolo específico do agente, e não mera negligência. Entre elas: quem recebeu a notificação prevista no item 2 do Tema n.º 1118/STF e não agiu ou, não podendo agir, sequer comunicou em tempo hábil ao superior hierárquico para que esse causasse as medidas para evitar danos ao erário e aos trabalhadores? Qual foi o tempo entre o recebimento da notificação formal de inadimplência da contratada e a comunicação a quem detinha poder hierárquico para determinar o pagamento dos salários diretamente aos trabalhadores?

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir a ADI 6.428, fixou a tese de que “estão abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves”.⁵ Logo, embora não se possa incluir o erro grosseiro para caracterizar o dolo específico exigido pela LIA, não se pode desprezar que o STF considerou constitucional a opção legislativa de considerar o erro grosseiro um elemento caracterizador da responsabilidade do agente público, a ser demonstrado na ação regressiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Será possível, sem desrespeito ao sistema de defesa da probidade administrativo, haver dois pesos e duas medidas? É claro que não. Haveria dois pesos e duas medidas se, para a ação regressiva do Estado contra o agente público, considere-se o erro grosseiro elemento caracterizador da responsabilidade do agente público; e para o sistema de tutela coletiva da probidade administrativa, somente o dolo específico seria aceito para caracterizar o ato de improbidade.

Sob pena de incongruência do sistema jurídico, o que é inadmissível, é preciso interpretá-lo sistematicamente, de modo a afirmar que o dolo específico é verificado quando há sucessão de erros grosseiros, evidenciadores de uma conduta sistemática do agente público de não cumprir as disposições legais de autocontrole da Administração Pública. Nesse contexto fático, não se pode considerar que há mera conduta culposa, mas uma predeterminação do agente a obter fim ilícito, para si ou para outrem, e causar dano à Administração Pública, aplicando-se a inteligência do art. 28 da LINDB e a decisão na ADI 6.428⁶ de forma racional e condizente com a tutela do direito fundamental à probidade administrativa.

Ora, é sabido que, no dolo específico, não basta a conduta, mas o elemento volitivo voltado à

5 Plenário, Sessão Virtual de 1º de março de 2024 a 8 de março de 2024.

6 Relativa à MP 966/2020.

realização de um resultado também específico. É justamente o desejo de realização de um resultado específico – continuar sem fiscalizar o contrato e sem exigir correção da conduta da contratada – o que se verifica na sucessão de erros grosseiros, apesar de notificada formalmente a Administração Pública, na forma agora prevista no recente Tema n.º 1118/STF, item 2, para corrigir a conduta da contratada, e o gestor público permanecer inerte.

Em prestígio ao conjunto das decisões do STF, o Tema n.º 1118 não pode ser interpretado separadamente da decisão na AID 6.428, quando a conduta do agente é de reiteração de negligências graves, que comprometem todo o sistema jurídico de tutela da probidade administrativa, como as condutas de falta de transparência, publicidade e fiscalização dos contratos administrativos, bem com a conduta de permanecer inerte após o recebimento de notificação formal.

É claro que o gestor público que age reiterando erros grosseiros, do mesmo tipo ou diversos, que lesionam princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, age com dolo específico, e não meramente genérico ou eventual.

Esse entendimento é essencial para a tutela jurídica da probidade administrativa, quando há ofensa aos princípios estruturantes da Administração Pública. Essa exegese também atende ao dever de prevenção de danos, não sendo coerente que o microsistema de defesa da probidade administrativa esperasse a prática de corrupção ou a perda do patrimônio público para que reconheça a lesividade da conduta e o dolo do agente público na falta de fiscalização contratual, diante do recebimento de uma notificação formal que lhe aponte as falhas da fiscalização que já ensejaram um dano e, não obstante, o agente permanece inerte.

Nesse sentido, é essencial que o Ministério Público, ou outro notificante citado no item 2 do Tema n.º 1.118/STF, demonstre o dano sofrido pelos trabalhadores (por exemplo: salários em atraso) e a sua intenção de promover ação com pedido de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, pois sinalizará, ao agente público, que haverá um dano ao erário decorrente da responsabilidade subsidiária. Permanecendo o agente público inerte, no prazo razoável que deve ser assinalado pelo notificante, estará demonstrado que o agente público pretende causar danos ao erário. Em outras palavras, estará provado o dolo específico.

Para melhor compreensão, veja-se que uma das hipóteses previstas no art. 11 da Lei n.º 8.429/92 (LIA) é a de negar publicidade a atos oficiais (inciso IV). Ora, o § 1º do art. 117 da Lei n.º 14.133/2021 determina que “o fiscal do contrato anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados”⁷. Que “registro próprio” é esse? É claro que é um procedimento administrativo de acompanhamento da execução contratual, que deve observar a devida divulgação oficial dos atos administrati-

7 Art. 117, § 1º.

vos (art. 2º, V, da Lei n.º 9.784/99), além de seus atos serem produzidos por escrito, com data e local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável (art. 22, § 1º), e o processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente (art. 22, § 4º).

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União reconhece que a fiscalização dos contratos constitui ato formal e, como tal, deve ser organizado processualmente, com todos os documentos pertinentes, de maneira a evidenciar a responsabilidade em seu andamento. Nesse sentido, vejam-se os seguintes acórdãos do TCU:

Acórdão 748/2011-TCU-Plenário: o acompanhamento e controle dos contratos administrativos devem se dar por meio de processos organizados, inclusive com o rol de documentos necessários à verificação prévia aos pagamentos, bem como devem ser segregados os papéis e responsabilidades dos envolvidos na contratação, mormente as atividades a serem desenvolvidas pelos fiscais de campo e gestores do contrato (TCU, 2011d).

Acórdão 2.605/2012-TCU-Plenário: a Administração deve formalizar processo para acompanhamento da execução dos contratos, com a documentação física e financeira necessária, bem como incluir em sistema contábil, ou em outro sistema gerencial, informações sobre o contrato e/ou projeto ao qual está vinculado, a fim de aperfeiçoar sua gestão e atender ao princípio da eficiência (TCU, 2012a).

Por conseguinte, a infringência aos princípios da legalidade e da publicidade ocorrerá todas as vezes que o agente público, de forma livre e consciente, deixar de instaurar um procedimento de acompanhamento da execução contratual e de observar as formalidades de registros das fiscalizações mensais, das sanções aplicadas à contratada e das medidas adotadas para correção da sua conduta e atendimento aos direitos dos trabalhadores “terceirizados”, e de publicar os editais, contratos e nomes de terceirizados na página de transparência do ente público.

Sabe-se que o dever de publicidade está previsto na Constituição Federal e que a Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) o regulamenta, exigindo, entre outras práticas, que os órgãos e entes públicos divulguem, em local adequado, as “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados” (art. 8º, § 1º, IV).

Logo, há violação do dever de legalidade, quando a Administração Pública não publicar atos relativos às suas contratações e a respectiva fiscalização (arts. art. 8º, § 1º, IV, da Lei n.º 12.527/2011 c/c art. 117, § 1º da Lei n.º 14.133/2021). Para a configuração do dolo nessa hipótese, é suficiente a comprovação de que a conduta do agente público representa a vontade de não publicar o que deve ser publicado. Do mesmo modo, não se pode exigir dolo específico, nas espécies de atos de improbidade previstos nos incisos VIII do art. 11 (“descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de

parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas”), XI (nepotismo), XII (publicidade enaltecadora do agente público, às custas do erário), pois o descumprimento dos princípios da legalidade, moralidade e publicidade, de forma grosseira e sucessiva, não se justifica pelo nível de conhecimento do chamado “homem médio”, e, havendo o dano *in re ipsa* para os trabalhadores e para o Erário, deve-se reconhecer a existência do dolo específico.

Veja-se que há dano (empresas não fiscalizadas não cumprem as obrigações trabalhistas) e uma vontade consciente de não cumprir as normas de proteção da probidade administração, pelo que se tem flagrante dolo específico.

Por isso, a despeito do caráter inovador da notificação formal ao ente público, prevista no item 2 do Tema n.º 1.118/STF, no atual contexto de sedimentação da jurisprudência sobre a improbidade administrativa, depois da alteração da LIA, podem-se extrair, desse Tema, elementos para concluir-se que há tanta informação sobre como realizar a governança contratual, que a desatenção do agente público é, na verdade, vontade disfarçada de desídia, para beneficiar empresas em prejuízo da Administração Pública.

3. O TEMA N.º 1.118/STF, A GOVERNANÇA E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A CONFIGURAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO

No dia 13 de fevereiro de 2025, o Supremo Tribunal Federal decidiu o Tema de Repercussão Geral n.º 1118, nos seguintes termos:

1. Não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços contratada, se amparada exclusivamente na premissa da inversão do ônus da prova, remanescendo imprescindível a comprovação, pela parte autora, da efetiva existência de comportamento negligente ou nexo de causalidade entre o dano por ela invocado e a conduta comissiva ou omissiva do poder público.
2. Haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas, enviada pelo trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público, Defensoria Pública ou outro meio idôneo.
3. Constitui responsabilidade da Administração Pública garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato, nos termos do art. 5º-A, § 3º, da Lei nº 6.019/1974.
4. Nos contratos de terceirização, a Administração Pública deverá: (i) exigir da contratada a comprovação de capital social integralizado compatível com o número de empregados, na forma do art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974; e (ii) adotar medidas para

assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior.

Observa-se que a notificação ao administrador público, gestor ou fiscal do contrato sobre a inadimplência da contratada constitui um marco comprobatório da sua inação, pois outrem descobriu uma irregularidade na execução contratual quanto ao descumprimento das obrigações trabalhistas vinculadas ao contrato administrativo. A notificação comprova que a Administração Pública não foi eficiente naquela que deveria ser uma regular atividade fiscalizatória exigida pelo art. 117 da Lei nº 14.133/2021.

O Tema n.º 1.118/STF afirma que haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas. Percebe-se que a expressão “comportamento negligente” foi utilizada em um contexto no qual a decisão do Tema se refere ao ônus da prova da culpa *in vigilando*, isto é, culpa pela conduta negligente na fiscalização do contrato.

Não significa é, claro, que o STF tenha afirmado que a falta de fiscalização de contrato é sempre um ato meramente culposo. Ao contrário, o fato de o STF ter criado um marco para a fixação da negligência da Administração Pública para efeito de responsabilidade subsidiária, findou por trazer um norte seguro para o momento em que se pode considerar configurado o dolo específico do administrador público.

Com efeito, se notificado sobre as condutas irregulares da contratada, o ente público não corrige a conduta daquela e permite que haja prejuízo ao erário; em decorrência da sua condenação ao pagamento de verbas trabalhistas, como responsável subsidiário, verificam-se os elementos subjetivo e objetivo do ato de improbidade (intenção de descumprir uma norma da Administração Pública e danos ao erário, respectivamente).

Se já há tipificação de ato de improbidade por falta de fiscalização das contratadas (art. 11, VIII), o elemento volitivo e o resultado danoso findam por perfazer-se quando, após a notificação, não são cumpridas as obrigações trabalhistas pela contratada e a Administração Pública não lhe aplica as penalidades contratuais e administrativas. Evidencia-se, a mais não poder, o dolo do administrador público que permanece com a contratada executando um contrato, no qual ela, faltando com a boa-fé, não cumpre as obrigações trabalhistas, e esse administrador sequer aplica penalidades contratuais ou rescinde o contrato.

Com efeito, o término do prazo da notificação referida no Tema n.º 1.118/STF, sem adoção de providências efetivas, configura um marco temporal e lógico do dolo específico do administrador público em continuar mantendo uma má fiscalização contratual e uma leniência em relação à conduta da contratada, com reflexos para a tutela do patrimônio público. Isso porque o mesmo Tema n.º 1.118 também afirma

que constitui responsabilidade da Administração Pública “adotar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior”.

Logo, ao estabelecer que o pagamento da fatura de prestação de serviços está condicionado à comprovação da quitação das obrigações trabalhistas, o STF contribui para que o ato do administrador público de pagar uma fatura sem comprovação de quitação das obrigações trabalhistas constitua ato de improbidade previsto no inciso XI do art. 10 da LIA, qual seja, permitir liberação de verbas públicas sem estarem atendidas as condições contratuais.

Trata-se de ato ilícito, na terceirização de serviços, a ocorrência de pagamento da parcela contratual, sem que haja a comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas e, por óbvio, a reiteração do ato ilícito, após a notificação de que não deveria efetuar pagamentos à contratada sem a comprovação da quitação das obrigações trabalhistas, já que não permite que se fale de comportamento meramente culposos, mas doloso, do agente público.

Além disso, nos contratos de prestação de serviços “terceirizados”, a Lei nº 14.133/2021 determina, no art. 121, § 3º, que, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas: I – exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; II – condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato; III – efetuar o depósito de valores em conta vinculada; IV – em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado; V – estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Infer-se, assim, que há várias providências que podem ser adotadas pela Administração Pública, desde o planejamento da licitação para evitar que a contratada deixe de pagar aos trabalhadores e impute a responsabilidade de tais débitos à Administração Pública. Ao deixar o administrador público de adotar medidas preventivas e abster-se, deliberadamente, de adotar todo o rol legal de prescrição de condutas preventivas de inadimplência de débitos trabalhistas, não há dúvidas de que sua omissão é dolosa, pois assumiu o risco de a contratada não cumprir com as obrigações referentes ao contrato e a Administração Pública pagá-las, como responsável subsidiária.

O dolo específico em conduta desse jaez não pode ser desprezado como elemento configurador do ato de improbidade, apenas porque o agente público não deixou escrito que não adotou as medidas preventivas porque não quis ou que deixou de adotar tais medidas para não desagradar ou para beneficiar as contratadas. Fazer essas exigências para configuração do dolo específico conduz às raias do absur-

do, pois, decerto, ninguém com intenção desonesta a declara dessa forma.

Não há como considerar, à luz dos princípios da racionalidade e da proporcionalidade, invocados pela própria LIA, que o administrador público não age dolosamente ao rejeitar todo o sistema de proteção do patrimônio público, expresso no art. 117 e no art. 121, § 3º, da Lei n.º 14.1333/2021, e firmar contrato de prestação de serviços sem utilizar quaisquer das cláusulas exorbitantes que garantem uma maior proteção do erário e evitam o enriquecimento sem causa das empresas contratadas.

Se a Administração Pública tem poder/dever de impor cláusulas exorbitantes nos seus contratos, como a fiscalização dos contratos e as medidas previstas no art. 121, § 3º, da Lei n.º 14.1333/2021, não há justificativa, fora da intenção delituosa, que explique o motivo pelo qual o gestor público deixou de incluir essas cláusulas exorbitantes, primeiro no edital e depois no contrato subsequente.

Nos termos do art. 375 do Código de Processo Civil, *o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial*. Desse modo, o caso concreto sob exame definirá se houve dolo específico do agente público, mas é necessário que o julgador perquiria o dolo tendo em vista a sucessão de atos no procedimento administrativo de acompanhamento da execução contratual e sucessão de erros grosseiros. Sucessivos descumprimentos de medidas já testadas e recomendadas de fiscalização contratual demonstram o dolo específico, e não conduta culposa escusável, pois não há escusa para descumprir a literalidade da lei.

Do mesmo Tema n.º 1.118/STF também se infere que a conduta negligente de contratar empresa que não tenha capital social integralizado compatível com o número de empregados é grave e induz à responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento de débitos trabalhistas, quando o capital integralizado da empresa não for suficiente para a quitação de todos os débitos trabalhistas. Ora, nesse caso, a contratação de empresa inidônea não pode ser vista como mero erro ou desídia, se desse fato resultou dano ao erário. Ademais, o administrador público não pode alegar desconhecimento da regra prevista na Lei n.º 6.019/74 e tampouco da regra prevista no § 3º do art. 69 da Lei n.º 14.133/2021, que exige a comprovação de que outros contratos do licitante não comprometerão a sua capacidade econômica de cumprir com as obrigações do objeto licitado.

Igual raciocínio é aplicável quanto ao descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho pela contratada, sem que o administrador público adote providências corretivas. O valor dos equipamentos de proteção individual que devem ser fornecidos aos empregados deve constar da planilha de custos e formação de preços anexa ao contrato e já devem, inclusive, ter sido previstos no Termo de Referência da licitação. Logo, o agente público não pode se escudar na ignorância para alegar que não agiu com dolo.

As lesões à saúde e segurança do trabalho se renovam diariamente se os EPIs não forem forneci-

dos. Por conseguinte, trata-se de mais um caso no qual a reiteração do erro o qualifica como grosseiro e inadmissível diante do senso comum, e se há previsão do custo dos EPIs e ele não é fornecido, além do dano à saúde, quem pelo princípio da sustentabilidade nacional deveria ser evitado pelo administrador, há dano ao erário (custos do SUS e do INSS).

Qual o administrador público não sabe que, em um hospital, devem ser fornecidos EPIs aos trabalhadores terceirizados? Ademais, se, após receber notificação do trabalhador, do sindicato, do Ministério do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, da Defensoria Pública ou de outro ente legitimado, o administrador público não adota medidas para correção da conduta da contratada, nem aplica penalidades, estará configurado o seu dolo específico, pois haverá o dano por força da sua responsabilidade direta e solidária, reconhecida no item 3 do Tema n.º 1.118/STF, por aplicação da Lei n.º 6.019/74.

4. CONCLUSÃO

A falta de fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados com uso exclusivo de mão de obra pela Administração Pública pode implicar prejuízos ao erário, por força das responsabilidades subsidiária e solidária, previstas na Lei n.º 14.133/2021 e na Lei n.º 6.019/74.

Nesse caso, o elemento subjetivo do tipo do ato de improbidade administrativo é o dolo específico, pois, à intenção de não estruturar o setor de fiscalização de contratos, somou-se a ocorrência de um resultado, o prejuízo ao patrimônio público.

Por outro lado, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 28 da LINDB permite que se infira que há possibilidade de o julgador reconhecer que o administrador público pode ser responsabilizado por erro grosseiro, e, ainda, o julgador ir além: diante da sucessão de erros grosseiros e inescusáveis, afastar o reconhecimento de conduta meramente negligente e reconhecer o dolo específico. Do contrário, o sistema de tutela da probidade administrativa ficará derruído, com a admissão de reiteradas negligências “sanadas” e nenhuma consequência para o agente público.

Conquanto a Lei de Improbidade Administrativa exija a configuração do dolo específico, na tutela da probidade administrativa, é necessário reconhecer que o dolo específico pode estar presente não apenas em um ato único, mas em um conjunto de atos. Não se pode desprezar o fato de que uma sucessão de erros grosseiros evidencia o dolo específico, mormente quando, notificado, o agente público permanece inerte.

O STF, ao decidir o Tema n.º 1.118, expôs não ser cabível a inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, quanto à demonstração da fiscalização contratual inexistente ou deficiente, mas, ao mesmo tempo, definiu que o trabalhador, o sindicato, o Ministério Público e outros agentes, ao notificarem o administrador público sobre as irregularidades, o colocam em situação na qual, não havendo a correção

da conduta da empresa e/ou permanecendo inerte a fiscalização do contrato, está caracterizado o dolo específico do administrador público, pois há a intenção de continuar infringindo o dever de fiscalização e de manter a continuidade do resultado ilícito.

Se a atual redação da LIA exige a configuração do dolo específico para a tipificação do ato de improbidade, não se pode esquecer que, de outra parte, a Lei n.º 14.133/2021 prevê o planejamento, a contratação e a fiscalização contratual como um conjunto de atos interligados e bastante minudenciados. Assim, se nesse conjunto de atos se evidenciam erros grosseiros e, também, falta reiterada ou mesmo em intervalos temporais de atendimento às notificações recebidas para correção da conduta de algumas contratadas, no curso do mesmo ou de variados contratos, deve-se reconhecer que o agente público age com dolo específico.

Em suma, a inércia dos agentes públicos, após o recebimento das notificações formais, previstas no item 2 do Tema n.º 1.118/STF, configura o dolo específico. Esse dolo também pode ser evidenciado se, a despeito de o agente público notificar a empresa para corrigir a conduta, e esta cumprir as obrigações trabalhistas até então descumpridas, deixar, o agente público, de aplicar as penalidades previstas em lei e no contrato, para os casos de descumprimento já comprovado.

Há, assim, diante dos termos da Lei n.º 14.133/2021, da Lei n.º 13.303/2016, da Lei n.º 6.019/74 e do Tema n.º 1.118/STF, e na ocorrência de danos ao erário, a possibilidade de comprovação do dolo específico, pelo reconhecimento de erros grosseiros e sucessivos no planejamento das licitações, nas contratações e na fiscalização dos contratos administrativos, a revelar intenção deliberada do agente público de descumprir normas de governança e integridade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de Almeida. **Fiscalização contratual na Lei n.º 14.133/2021**: Governança e resultado na execução de contratos administrativos. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1814/1908>>. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Congresso Nacional, 2021.

GOMES, Renan Marcel Vilela. **O Dolo nas Diferentes Modalidades e Sua Relevância na Improbidade Administrativa**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-dolo-nas-diferentes-modalidades-e-sua-relevancia-na-improbidade-administrativa/2735224959>>. Acesso em: 9 mar. 2023.

MELO, I. M. **Principais mudanças da nova lei de licitações**: melhorias e barreiras da Lei n.º 14.133/2021. Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3564/2/TCC%20IZABELA%20MARTINS.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2022.

PAZ, Cristiane de Sousa Campos da. **Dolo específico na improbidade administrativa**: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão n.º 748/2011-TCU-Plenário**. Representação. Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília: TCU, 2011d.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão n.º 1.450/2011-TCU-Plenário**. Tomada de Contas Especial. Ministro Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2011a.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão n.º 2.605/2012-TCU-Plenário**. Relatório de Auditoria. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer. Brasília: TCU, 2012a.

SOBRE A AUTORA

Ileana Neiva Mousinho: Subprocuradora-geral do trabalho. Conselheira do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho. Mestre em Direito Constitucional pela UFC. Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Especialista em Direito Sanitário pela Fiocruz. Professora da Escola Superior do Ministério Público da União. Professora da Escola da Associação Nacional dos Procuradores e das Procuradoras do Trabalho.

GOVERNANÇA E PREVENÇÃO AO DANO AO ERÁRIO

GOVERNANCE AND PREVENTION OF DAMAGE TO PUBLIC FUNDS

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado

Resumo: A administração pública necessariamente firmará negócios jurídicos com a iniciativa privada. Atividade que demanda a criação de instrumentos de governança tendentes a analisar os riscos e mitigar a ocorrência de danos ao erário. A ocorrência de atos de corrupção é uma realidade. Vulnerabilidade que pode ser minimizada quando do estabelecimento de protocolos e regramentos objetivos para contratações públicas. Apoiado nessas premissas, com base na metodologia jurídico-social, com abordagem qualitativa e dedutiva, fundamentada em conceitos teóricos e interpretativos, busca-se identificar práticas que promovam a probidade administrativa na formação do preço público. Para tanto, o estudo percorre a evolução da administração pública, do patrimonialismo à Nova Governança Pública, com destaque para a importância da participação social, da transparência e da cooperação entre os atores públicos e privados. Como conclusão, defende-se a adoção de medidas de integridade, como programas de *compliance* e protocolos normativos para formação de preços, de modo a fortalecer a governança e reduzir os riscos de desvios do patrimônio público, no intento de criar um ambiente de negócio mais ético, eficiente e seguro.

Palavras-chave: Integridade. Corrupção. Preço Público.

Abstract: *The public administration will necessarily enter into legal agreements with the private sector. This activity requires the creation of governance instruments aimed at analyzing risks and mitigating the occurrence of damage to the treasury. Acts of corruption are a reality. This vulnerability can be minimized by establishing protocols and objective rules for public contracts. Based on these premises, and using a legal-social methodology, with a qualitative and deductive approach, based on theoretical and interpretative concepts, the aim is to identify practices that promote administrative probity in the formation of public prices. To this end, the study goes through the evolution of public administration, from patrimonialism to New Public Governance, highlighting the importance of social participation, transparency and cooperation between public and private actors. In conclusion, it advocates the adoption of integrity measures, such as compliance programs and normative protocols for pricing, in order to strengthen governance and reduce the risks of misappropriation of public assets, with the aim of creating a more ethical, efficient and secure business environment.*

Keywords: Integrity. Corruption. Public Price.

Sumário: 1. Introdução; 2. Nova Governança Pública e o Estado que não funciona sozinho; 3. Corrupção e mecanismo de proteção à integridade; 4. Integridade, Governança e Regramento para compras públicas; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O funcionamento da administração pública não é hermético; pressupõe a celebração de negócios jurídicos com a iniciativa privada, seja para a contratação de serviços ou para a aquisição de bens. Atividade sensível, a demandar especial atenção da alta governança institucional, a quem cabe garantir a adoção de métodos e procedimentos capazes de evitar danos ao patrimônio público.

A questão desponta com significativa importância, considerando que o contato do público com o particular pode ser considerado a principal oportunidade de transferência inadequada de recursos, seja pelo direcionamento da contratação, da prática de valores destoantes dos que circulam do mercado, da entrega de mercadoria em menor quantidade do que a contratada, da execução do serviço fora dos parâmetros de qualidade estabelecidos ou, até mesmo, do pagamento de parte do montante aos servidores públicos envolvidos.

A corrupção é uma realidade que não pode ser ignorada. Dessa premissa, incumbe ao gestor efetivar providências no intento de mapear seus pontos de vulnerabilidade, para então implementar medidas capazes de evitar ou minimizar os riscos a que a atividade está sujeita. Uma atuação preventiva, objetivamente fundamenta, associada a mecanismos de responsabilização hábeis a sancionar desvios, tem o condão de evitar perdas e promover eficiência na Administração Pública.

Por meio dessas premissas, o presente trabalho discorre sobre o conceito de governança e as medidas de prevenção que podem ser efetivadas quando da pesquisa de preço nas contratações realizadas pela administração pública, como providência de prevenção de danos ao erário. Para tanto, como metodologia, realizar-se-á pesquisa jurídico-social, fundada em conceitos teóricos, com adoção do método dedutivo, pelo viés jurídico-compreensivo (interpretativo), de modo qualitativo. Com intento de diagnosticar ações práticas que tendam a constituir um ambiente de negócios fundado na probidade administrativa.

2. NOVA GOVERNANÇA PÚBLICA E O ESTADO QUE NÃO FUNCIONA SOZINHO

A estruturação da Administração Pública moderna parte da ausência de regras estáveis e de decisões fundamentadas no subjetivismo de quem detinha o poder, seja político ou econômico. É o que constata Max Weber, em sua obra “Economia e sociedade”, na qual afirma que, no Estado patrimonialista, há uma forma de dominação política, pré-moderna, em que não existem claras divisões entre público e privado (MOURÃO, 2015, p. 54; BRUNHS, 2012, p. 63).

Opera-se uma racionalidade personalista e casuística (CAMPANTE, 2003, p. 153). Fundada em premissas clientelistas, de troca de favores, o que resulta na prevalência dos interesses privados, em detrimento do público. Um modelo publicista vinculado ao privatista, o qual pode adotar duas linhas: está presente na conduta de servidores e agentes públicos, que conduz os serviços públicos de acordo com seus interesses e, uma segunda ordem, em que se constata um patrimonialismo institucionalizado, por vezes, inclusive, materializado em normas jurídicas (CAMPELO, 2010, p. 297).

Modelo superado com adoção de procedimentos legais previamente estabelecidos como rigidez, por requisitos objetivos, fundado em critérios técnicos, especializado, que tinham por ideário racionalizar a estrutura organizacional pública (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018, p. 24). Trabalho forjado na impessoalidade, capaz de seguir o princípio do *sine ira ac studio* (sem ira e sem paixão), ou seja, eliminar dos negócios oficiais toda a subjetividade, elementos pessoais, irracionais e emocionais sem qualquer previsibilidade (WEBER, 1971).

Estabelece-se, assim, a burocracia e sua lógica interna, no sentido de que quanto mais sólida a instituição, melhor a possibilidade de influência externa. Essa tendência advém da influência iluminista para a constitucionalização do Estado, legalizado e positivista, na qual ganha relevo o poder do Estado de regular a vida social em função do interesse público (NEVES, 2008, p. 78-83).

No combate à desconfiança que permeava a administração patrimonialista, vinculada a um ambiente clientelista, foi necessário implementar controles rígidos dos processos públicos, para, sobretudo, promover a impessoalidade. Pelo estabelecimento de estruturas racionais das leis administrativas, surge um sistema legal previsível, calculável de uma administração baseada na formalidade (WEBER, 1999, p. 31), que busca prestigiar o saber técnico do corpo profissional de servidores, dotado de alguma estabilidade, que lhes garanta segurança e autonomia para cumprir seu papel, de servir ao povo, e não mais à coroa.

Ocorre que o modelo burocrático, centralizador, excessivamente formalista, inflexível, restou por se superpor à própria sociedade. A atividade-meio revelou-se um fim em si mesma, incapaz de enxergar o cidadão com real destinatário de seu trabalho, dura e inflexível, focada na forma, incapaz de atender, com a agilidade adequada, as demandas que lhe eram apresentadas.

E, assim, impulsionada pelo discurso neoliberal, a reforma do Estado burocrático passa a ser considerada um imperativo para o alcance do sucesso econômico. Para tanto, a administração pública torna-se descentralizada, imbuída da efetivação de medidas de austeridade que se refletem nas estratégias pragmáticas advindas das megaempresas.

É a Administração Gerencialista, focada na redução do Estado, que deixa de adotar uma atuação instrumental para buscar eficiência. Desempenho, controle dos resultados e redução dos gastos passam a fazer parte do cotidiano da administração pública, conforme apontado por Bresser Pereira (1998):

A reforma gerencial surge nos quadros do regime democrático, no mesmo momento em que assistimos à emergência, no último quartel do século XX, de um novo tipo de direito de cidadania: os “direitos republicanos” – o direito que cada cidadão tem de que o patrimônio público seja usado para fins públicos ao invés de ser capturado por interesses privados.

Mas a competitividade e a eficiência do mercado privado nem sempre será possível de ser concretizada na área pública, pois a sociedade traz demandas incompatíveis com a lógica de maximização dos lucros e redução dos custos. Com o tempo, a generalização da meta de Estado mínimo e prestação eficiente de serviços passa a demonstrar sua inadequação.

A reforma do Estado volta à pauta, dessa vez como revalorização do seu papel, particularmente enquanto propulsor do desenvolvimento como inclusão e redução das desigualdades (CARNEIRO; MENICUCCI, 2013, p. 139), um Estado que pilota, não que rema (OSBORNE; GAEBLER, 1994).

E a Nova Governança Pública chega pregando a necessidade de valorização dos parceiros (*stakeholders*). Agregam-se três níveis de participação às atividades estatais, a saber: a comunidade, formada pela sociedade civil, políticos, financiadores, reguladores, as redes que incluem os financiadores primários, as organizações administrativas e seus membros e a organização na sua relação com os usuários, que conta com os responsáveis pelas agências na prestação dos serviços, os colaboradores das agências e os clientes ou utilizadores, individualmente considerados (SILVESTRE, 2019, p. 7).

A missão do Estado passa a ser cumprida por vários agentes e agências, públicas ou privadas. Além de contar com marcante participação da sociedade civil, a competitividade cede espaço para cooperação. Consolida-se o conceito de Governança, multifacetada, plural, que busca eficiência adaptativa, exige flexibilidade, experimentação e tem consciência dos ciclos de aprendizagens (PECI; PIERANTI; RODRIGUES, 2008, p. 42).

Stephen Osborne (2006), responsável pelo conceito de Nova Governança, o qual inclui a fragmentação de necessidades na sociedade pós-moderna, afirma que os serviços devem ser prestados de modo a apresentar um valor público, que equilibrem questões coletivas e individuais, na busca pela maior legitimidade democrática do resultado alcançado.

Ao largo da rivalidade, promove-se a inclusão de saberes, perspectivas e recursos, para que ao final o valor público seja alcançado, contando com a participação do usuário, que assume posição ativa no processo. Centrada nos processos de direção e controle das organizações, além da distribuição de direitos e responsabilidades entre seus integrantes, regras e procedimentos para tomada de decisão e a definição dos meios para alcançar os objetos e os instrumentos para controlar o desempenho (OCDE, 1999)

Assim, a governança se desenvolve em rede (parecerias) e de forma colaborativa, quando se incentiva o cidadão a participar ativamente na formulação e implementação de políticas públicas, o que

fortalece a democracia e aumenta a sua confiança no estado (BARRETO, 2019, p. 23-25). O conceito de resultado público é expandido, o que demanda considerações a respeito da capacidade de inovar, aprender e se adaptar do Estado, assegurando uma distribuição mais equitativa dos riscos (BOURGON, 2010, p. 7).

Essa base teórica fundamenta a compreensão da importância do estabelecimento de regramentos objetivos quando da celebração dos negócios jurídicos entre o poder público e a iniciativa privada, mecanismo adequado à fragmentação de tarefas, que facilita a identificação dos riscos e ameaças, possibilitando a promoção de responsabilidades, o que evita perdas e preserva a integridade da contratação.

3. CORRUPÇÃO E MECANISMO DE PROTEÇÃO À INTEGRIDADE

O aprendizado obtido da análise dos diferentes modelos de gestão pública permitem admitir que a corrupção é um fenômeno inerente à sociedade. Estará presente ao largo da existência de leis, independente de forma de Estado, governo, regime político ou social, seja nas repúblicas, monarquias, em regimes liberais e socialistas. Impossível de ser medida com precisão, pois sua percepção está justamente atrelada ao grau de transparência existente em determinado governo; quanto mais se tem acesso e conhecimento do que acontece nos meandros da administração pública, maior será a possibilidade de classificar determinada conduta como desonesta.

Fenômeno intrinsecamente associado ao conceito de desonestidade, imoralidade, que causa prejuízo à coletividade em benefício do indivíduo. Tema atrelado à profunda simbiose entre direito e a moral (doutrina da virtude), que, na lição de Kant, em sua obra “Metafísica dos Costumes”, é um conjunto de conhecimentos sintéticos sobre o que devemos fazer, não tendo, assim, nenhum caráter transcendente, atrelado à busca de um critério de determinação entre o que é justo ou injusto, de modo que não apenas o direito positivo, mas também o princípio jusnaturalista encontram-se sob o domínio da moral (ALVES, 2015, p. 39).

As práticas de corrupção burlam a normatização dos procedimentos, valem-se do poder de decisão do agente, apartado de seus deveres posicionais ou institucionais, para exercer influência no *iter* administrativo, com o fim de obter benefícios (patrimoniais ou não diretamente mensuráveis em dinheiro) ou vantagem para os envolvidos na atividade corrupta (HAYASHI, 2020). “Como a doença, a corrupção sempre estará conosco. Mas como esse triste fato não nos impede de tentar reduzir as doenças, tampouco deve paralisar os esforços para reduzir a corrupção” (KLITGAARD, 1994, p.23).

A corrupção, portanto, é um desafio a ser enfrentado por todos. Por meio dessa premissa, ganha revelação o conceito de integridade, que encontra sua maior representação no cenário internacional na ISO 37001, que estabelece regras para boas práticas de governança de *compliance* anticorrupção (antissuborno) (ALENCAR; CASEMIRO, 2021, p. 223).

O conceito advém do inglês, do verbo *to comply*, que encarna a ideia de conformidade, cumprimento. Traduzido para o português como integridade, embora possa soar como algo novo, ontologicamente é parte da administração pública, cuja operação ocorre subsumida ao princípio da legalidade estrita, a que se soma a existência de código de ética, ferramentas de controle interno, canais de denúncia (ouvidorias), ações de transparência, correição, gestão de pessoas, planejamento orçamentário e estratégico (BARRETO, 2019, p. 75).

A despeito dessa constatação, a reunião das estruturas, os estabelecimentos de fluxos de trabalho e o aprimoramento da comunicação têm o flagrante mérito de inserir a questão com objetividade e adequada ênfase na agenda da administração pública. Conferindo-lhe visibilidade, permite que a questão seja debatida e aprimorada, e a resposta à corrupção deixe ser apenas reativa, para ser proativa, diante da possibilidade de pensar sobre riscos e, por consequência, estabelecer medidas de evitação e mitigação.

O *compliance* na esfera privada tem objetivo de preservar a reputação empresarial, prevenir sanções decorrentes de atos ilícitos e proteger o mercado da criminalidade econômica. Na área pública, o objetivo será a prevenção de práticas desviantes e o fomento da confiança e credibilidade da sociedade civil no Estado.

Logo, a mera replicação do modelo privado para o público não se mostra adequada, pois, conforme afirmado, trata-se de ambientes de negócios destintos, contudo, salutar que a conformidade seja um objetivo comum. Para tanto, a Administração Pública deve buscar a contratação de pessoas jurídicas que demonstrem o compromisso de atuar com honestidade e ética, além de se aparatar de instrumentos que permitam identificar vulnerabilidades e promover adequadamente a responsabilização por eventual desvio.

4. INTEGRIDADE, GOVERNANÇA E REGRAMENTO PARA COMPRAS PÚBLICAS

A sociedade espera a adequação jurídico-normativa da Administração Pública, pela adoção de parâmetros legais e comportamentais condizentes com o desafio de garantir a integridade em suas contratações, capaz de gerar resultados efetivos e úteis às necessidades ou às demandas do interesse público.

Incumbe à Governança institucional, portanto, estabelecer padrões deontológicos em suas normas internas, mostrar-se comprometida com o cumprimento normativo, firmar com objetividade competências, obrigações dos colaboradores, indicar *standards* comportamentais, influenciados diretamente pelos valores tidos como relevantes (planos axiológicos), consolidados, preferencialmente, em protocolos e Código de Ética.

Também é obrigação da alta administração mapear os riscos que decorrem direta ou indiretamente da atividade organizacional, estabelecer e aprimorar canais de denúncia, conferindo proteção ao informante, bem como criar estruturas com atribuição de fiscalizar processos e fluxos, de modo a garantir adequada responsabilização diante de eventual desvio (SOUZA, 2022, p. 19-20).

No que se refere a contratações públicas, a gestão de risco constitui um momento de extrema importância ao objetivo de prevenção de dano ao erário. Nesta fase cabe mapear as áreas e os pontos sensíveis, identificar as ameaças e as consequências de sua materialização nos processos internos. Pertinente realizar um diagnóstico, uma fotografia de cada momento, para então implementar estratégias decisórias em relação às vulnerabilidades encontradas (CUNHA, 2021, p. 235)

Contratações públicas demandam a participação de diversos atores, e, apesar da regulamentação de suas linhas gerais, vislumbram-se espaços sujeitos à discricionariedade na escolha dos procedimentos, inclusive na formação do preço, na pesquisa de mercado, *locus* a falta de regramentos específicos pode incrementar a possibilidade da ocorrência de irregularidades que levem ao vilipêndio do patrimônio público. A adoção de medidas de integridade pode diminuir as incertezas e reduzir a margem para a sucesso de atos de corrupção.

A integridade é uma via de mão dupla, deve ser prestigiada pela administração pública tanto externa quanto internamente. Nesse sentido, no que tange às compras públicas, a Lei Federal n.º 14.133/21 (Lei de Licitações), em seu artigo 169, determinou que o ente ou a instituição se organize em três linhas de defesa.

A primeira deve ser constituída pelos profissionais do órgão ou entidade incumbidos do setor de licitação, com apoio de sua governança. O segundo, pelas unidades de assessoramento jurídico e pelo controle interno. Já a terceira é o controle interno central, quando a referência for a administração pública descentralizada, e os tribunais de contas.

A Lei de Licitações se atentou para a questão quando determinou a obrigatoriedade da implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses, nas hipóteses de contratações de grande vulto, ou seja, aquelas cujo valor estimado superar R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões) (artigo 25, § 4º c/c 6º, XXII). A existência do programa também é critério de desempate entre propostas (artigo 60, IV), ponto a ser considerado quando da aplicação de sanções (artigo 156, V) e em sua eventual reabilitação (artigo 165, parágrafo único).

A Lei Federal n.º 12.846/2013 também fomenta a integridade quando expressamente dispõe que a existência de mecanismos de controle interno, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidade e aplicação efetiva de código de ética serão considerados quando da aplicação de suas sanções (artigo 7º, VIII). Medida que estimula o direcionamento do mercado para a pauta, em que pese não versar diretamente sobre contratações públicas, dentro da lógica da concorrência, coloca o programa de *compliance* como um referencial a ser alcançado.

Em paralelo, a administração pública federal tem tomado medidas tendentes a estabelecer internamente regramentos capazes de prevenir desvios, em especial no que se refere à formação do preço, nas contratações, no intento de garantir que os valores praticados viabilizem a competitividade, preservem a isonomia e promovam desenvolvimento. Atendam, portanto, ao ideário de economicidade, ou seja, minimizar custos sem o comprometimento dos padrões de qualidade.

Logo, a fase de planejamento das contratações precisa contar com normativas específicas, adequadas à realidade do ente ou instituição, medida que terá mais chance de ser bem-sucedida se partir ou contar com apoio da alta administração e que pode estar evidenciada dentro do plano de integridade da organização.

A Instrução Normativa do Secretário de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia n.º 65 de 2021 é um bom exemplo desse tipo prática. O ato normativo indica o conteúdo mínimo da pesquisa de preço, os parâmetros e os métodos que deverá seguir, além de elencar regras específicas para contratações diretas.

A norma dirigida à Administração Federal pode ser repetida no âmbito dos demais dos Municípios, Estados e instituições da Federação, considerando as peculiaridades e os desafios locais. Providência que padroniza rotina e pode impedir desvios, ao diminuir a margem de discricionariedade do agente. Além de conferir transparência e segurança ao negócio jurídico, ao firmar com objetividade as premissas que serão adotadas pela Administração Pública, conduta que ratifica o compromisso do gestor com a probidade e sua intenção de agir de acordo com os preceitos republicanos.

5. CONCLUSÃO

A administração pública partiu de um estado de confusão entre o público privado, quando operava guiada por subjetivismo. Ganhou segurança e profissionalização com a burocracia, voltou-se para eficiência e para redução dos custos, em sua fase gerencialista. Com a nova governança, ressignifica-se o papel do Estado, ao mesmo tempo em que se valoriza a participação dos diferentes atores privados na consecução do bem comum.

Compartilhamento de responsabilidades que também devem ser considerados quando do combate à corrupção. Fenômeno que coloca o público a serviço do privado, mas que inevitavelmente é inerente à vida em sociedade, beneficiado pela falta de regramento, que permite subjetivismos, aumento de custos e perda na produtividade. E pode aparecer com maior frequência e intensidade durante as contratações públicas, momento de evidente vulnerabilidade, quando a mobilização de valores pode despertar interesses não republicanos.

A adoção de medidas de integridade, internas e externas, pela administração pública pode construir um ambiente de negócios mais seguro para os seus participantes e, portanto, mais atrativo e competitivo para a iniciativa privada. A conformidade normativa deve ser alcançada com medidas de governança que protejam o ente ou a instituição, entre eles o estabelecimento de protocolos para formação de preço público. Conduta que pode evitar a ocorrência de sobrepreço, superfaturamento e, consequentemente, do dano ao erário.

A atuação preventiva, planejada, voltada para a probidade administrativa traz benefícios para as partes do negócio jurídico, de forma imediata e, com o tempo, consolida a cultura da ética e a beneficiar toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Matheus; CASEMIRO, Mariana Mattos. Desafios de integridade e *compliance* na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.) **Legitimidade e efetividade dos programas de *compliance***. São Paulo: Tirant, 2021, p.219 a 247.

ALVES, Rogério Pacheco. **O Dna Kantiano dos Direitos Humanos e Sua Crítica a Partir da Filosofia Imante de Spinoza**. Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2015.

BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Análise dos Programas de Integridade no setor público Brasileiro**. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/19343?locale=pt_BR>. Acesso em: 1º mar. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 1º mar. 2025.

Brasil. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. **Instrução normativa SEGES/ME n.º 65, de 7 de julho de 2021**. Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços par aquisição de bens e contratações de serviço em geral, no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seges-me-n-65-de-7-de-julho-de-2021-330673635>>. Acesso em: 1º mar. 2025.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. Brasília: ENAP; São Paulo: Editora 34, 1998.

BOURGON, Jocelyne. **Finalidade Pública, autoridade governamental e poder coletivo**. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/36/34>>. Acesso em: 30 dez. 2022.

BRUHNS, Hinnerk. **O conceito de patrimonialismo e suas interpretações contemporâneas**. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/38619/22143>. Acesso em: 1º mar. 2025.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. **O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia Brasileira**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/dados/a/Kg8PPsPjsvMMPg5zBZWrmk/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2025.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. **Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos**. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em: 2 mar. 2025.

CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues da. A utilização da gestão de riscos nos contratos públicos como instrumento de prevenção à corrupção. In: **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

KLITGAARD, Robert. **A Corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

MARTÍN, Adán; SÁNCHEZ, Juan Antônio Lascuraían; GALANA, Beatriz García de La; PÉREZ, Patricia Fernández; CORDERO, Isidoro Blanco. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MOURÃO, Rafael Pacheco. **Celso Furtado e a questão do patrimonialismo no Brasil**. Disponível em: <<https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/428>>. Acesso em: 1º mar. 2025.

NEVES, Edson Alvisi. **Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o Tribunal do Comércio**. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

OCDE. **Organization for Economic Co-operation and Development. Principles of Corporate Governance**. Paris: OCDE, 1999.

OSBORNE, Stephen. **The New Public Governance. Public Management Review**. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14719030600853022?scroll=top&needAccess=true&role=tab>>. Acesso em: 1º mar. 2025.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. Brasília: MH Comunicação, 1994.

PAES Emiliano Rodrigues Brunet Depolli. **Reforma do Estado no governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002): ideologia reformista, economicismo e direito em uma época de mudanças**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

SILVESTRE, Hugo Consciência. **A (nova) governança pública**. Brasília: ENAP, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A Criminologia Empresarial: Why good people do dirty work. In: PANOEI-RO, José Maria et al. (Org.). **Criminalidade Econômica e Empresarial**: Estudos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 107 e segs.

VALDÉS, Luciana Asper Y. A cultura da integridade como alicerce da sustentabilidade econômica do Brasil. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance no setor Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 147-165.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WEBER, Max. **A ética do protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

SOBRE A AUTORA

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado: Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Doutora em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

APRIMORAMENTO DA INTEGRIDADE POR MEIO DOS PRINCÍPIOS DO ESTADO ABERTO: RECOMENDAÇÕES DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ORGANIZAÇÕES MULTILATERAIS AOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO

ENHANCING INTEGRITY THROUGH THE PRINCIPLES OF THE OPEN STATE: POLICY RECOMMENDATIONS FROM MULTILATERAL ORGANIZATIONS TO THE EXECUTIVE AND LEGISLATIVE BRANCHES

Felipe Tannus

Resumo: A crise do regime democrático nos últimos anos é um fenômeno complexo, influenciado por fatores como a desconfiança nas instituições, a falta de integridade política e o avanço de forças antedemocráticas. Para reverter essa tendência, é fundamental adotar medidas que fortaleçam a legitimidade e a resiliência dos sistemas democráticos, garantindo que eles possam enfrentar os desafios do século XXI.

Diante de tais desafios globais e da fragilização da democracia como os ataques às instituições públicas, a desconfiança da população e a fragilização da participação social, problemas que se manifestam de forma aguda no Brasil, com crises políticas, polarização e ineficiência da gestão pública, o que fazer? (LEVITSKY & ZIBLATT, 2018; AVRITZER, 2019). Uma proposta amplamente debatida e recomendada pelo debate internacional segue no sentido do conceito de Estado Aberto, que propõe fortalecer a democracia por meio de reformas do Estado pelos mecanismos de transparência, participação social, inovação e *accountability*, promovendo um novo pacto entre os poderes e a sociedade civil. O presente artigo analisa as recomendações de organizações multilaterais como a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), a *Open Government Partnership* (OGP) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), para as reformas necessárias ao Poder Executivo e Legislativo, destacando a importância de reformas que integrem práticas de governança aberta em todos os níveis de governo (OCDE, 2021; OGP, 2023).

O Brasil já implementou iniciativas pioneiras, como a Lei de Acesso à Informação (LAI), e apresentou ao mundo o ecossistema de participação como a institucionalização dos conselhos participativos e das conferências, mas ainda há lacunas, especialmente em níveis subnacionais. O Ministério Público é apontado como crucial para fiscalizar e impulsionar essa reforma, dada sua atuação como guardião da legalidade e dos interesses sociais (ARANTES, 2011). Inspirando-se em exemplos de países como Costa Rica e Chile, o Brasil pode avançar na agenda do Estado Aberto, consolidando um novo pacto de reforma que fortaleça a democracia e mantenha o país como referência internacional (OCDE, 2016; COSTA RICA, 2023).

Abstract: *The crisis of democratic regimes in recent years is a complex phenomenon, influenced by factors such as growing distrust in institutions, a lack of political integrity, and the rise of anti-democratic forces. To reverse this trend, it is essential to adopt measures that strengthen the legitimacy and resilience of democratic systems, ensuring they are capable of addressing the challenges of the 21st century.*

In light of these global challenges and the weakening of democracy—manifested through attacks on public institutions, public distrust, and the erosion of social participation—Brazil faces acute problems, including political crises, polarization, and inefficiency in public administration. What can be done in response? (LEVITSKY & ZIBLATT, 2018; AVRITZER, 2019). One widely discussed and internationally recommended approach is based on the concept of Open State, which aims to strengthen democracy through state reforms grounded in transparency, social participation, innovation, and accountability, fostering a new pact between state institutions and civil society. This article analyzes the recommendations of multilateral organizations such as the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), the Open Government Partnership (OGP), and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) regarding necessary reforms in the executive and legislative branches, highlighting the importance of integrating open government practices at all levels of governance (OECD, 2021; OGP, 2023).

Brazil has already implemented pioneering initiatives, such as the Access to Information Law (LAI), and presented to the world its participatory ecosystem through the institutionalization of participatory councils and national conferences. However, significant gaps remain, particularly at subnational levels. The Public Prosecutor's Office is identified as a key actor in overseeing and promoting this reform, given its role as guardian of legality and social interests (ARANTES, 2011). Drawing inspiration from countries such as Costa Rica and Chile, Brazil has the potential to advance the Open State agenda, consolidating a new reform pact that strengthens democracy and maintains the country's status as an international reference (OECD, 2016; COSTA RICA, 2023).

Keywords: *Democracy. Open State. Integrity. Social participation. Transparency. ECLAC. OGP. OECD.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Crise da Democracia: Desconfiança Institucional, Disputas de Sentido e Avanço de Forças Antidemocráticas. 3. O Estado Aberto; 4. Recomendações das Organizações Multilaterais; 4.1. Recomendações para o Poder Legislativo; 4.2. Recomendações para o Poder Executivo; 4.3. Breve Panorama do Brasil; 5. Controle Social e Institucional para avançar a agenda; 6. Considerações Finais; Referências.

Palavras-Chave: Democracia. Estado Aberto. Integridade. Participação social. Transparência. CEPAL. OGP. OCDE.

1. INTRODUÇÃO

A democracia, enquanto sistema político, enfrenta desafios significativos em diversos contextos globais, com evidências de uma conjuntura de corrosão que ameaça seus pilares fundamentais. Esse fenômeno tem sido amplamente discutido na literatura acadêmica, que aponta para a erosão de instituições, a desconfiança crescente da população em relação aos governos e a fragilização dos mecanismos de participação social como fatores centrais desse processo (LEVITSKY & ZIBLATT, 2018; PRZEWORSKI, 2019; AVRITZER, 2019; GAMBOA, 2022; GOMIDE, SILVA E LEOPOLDI, 2023). No cenário brasileiro, esses desafios se manifestam de forma particularmente aguda, com crises políticas recorrentes, polarização exacerbada e uma percepção generalizada de ineficiência e opacidade na gestão pública (AVRITZER, 2019).

Diante desse contexto, emerge como proposta inovadora o conceito de Estado Aberto, uma reforma nas políticas públicas que busca fortalecer a democracia por meio da transparência, da participação social, da inovação e da *accountability* como um novo pacto de Estado entre os Três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, e a sociedade civil. O Estado Aberto propõe estratégias que visam superar os motivos centrais da corrosão democrática, como a falta de engajamento cidadão, a insuficiência de mecanismos de controle e a falta de decisões assertivas no que tange às soluções de questões sociais complexas. Essa abordagem tem sido amplamente debatida em fóruns internacionais, com organizações como a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), a *Open Government Partnership* (OGP) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) liderando recomendações para a implementação da agenda do Estado Aberto (CEPAL, 2018; OECD, 2021; OGP, 2023).

Este artigo tem como objetivo principal realizar uma revisão das recomendações internacionais para o Estado Aberto, com foco específico nas atribuições dos poderes Executivo e Legislativo. A metodologia adotada consiste em uma análise documental de diretrizes propostas por organizações multilaterais, alinhadas às necessidades de reforma do Estado brasileiro. O texto também traz um breve panorama das iniciativas já implementadas no Brasil, destacando avanços significativos, como a Lei de Acesso à Informação (LAI) e os conselhos participativos, que posicionam o país como referência em transparência e participação social (MICHENER, 2015). Contudo, também aponta lacunas e oportunidades para aprimoramento, especialmente no que diz respeito à integração de práticas de governança aberta nos entes subnacionais, como prefeituras e câmaras municipais.

Nesse sentido, o papel do Ministério Público é destacado como fundamental para fiscalizar e impulsionar a reforma do Estado brasileiro rumo ao Estado Aberto. Com base em sua história de atuação como guardião da legalidade e dos interesses sociais, essa instituição pode desempenhar um papel catalisador na promoção de práticas transparentes e participativas em todos os níveis de governo (ARANTES, 2011; OLIVEIRA E MONTANHA, 2023).

Por fim, o artigo sugere que o Brasil, reconhecido internacionalmente por suas iniciativas pioneiras em participação social e transparência como a Lei de Acesso à Informação, Conselhos Participativos,

Orçamentos Participativos, Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao cidadão (e-SIC), Política de Dados Abertos, pode dar mais um passo significativo nessa agenda, inspirado por exemplos de países como Costa Rica e Chile (OCDE, 2016, 2017; COSTA RICA, 2023; CHILE, 2023), que avançaram na implementação de políticas de Estado Aberto. As recomendações da CEPAL, OGP e OCDE podem ser importantes diretrizes para o país consolidar um novo pacto de reforma do Estado, fortalecendo a democracia, e continuar servindo como modelo para outras nações.

2. CRISE DA DEMOCRACIA: DESCONFIANÇA INSTITUCIONAL, DISPUTAS DE SENTIDO E AVANÇO DE FORÇAS ANTIDEMOCRÁTICAS

Nos últimos anos, o regime democrático tem enfrentado desafios significativos em diversas partes do mundo, marcados pela crescente desconfiança da população em relação às instituições políticas, pela falta de integridade nos processos decisórios e pelo fortalecimento de forças antidemocráticas (LEVITSKY & ZIBLATT, 2018; PRZEWORSKI, 2019; AVRITZER, 2019; GAMBOA, 2022; GOMIDE, SILVA E LEOPOLDI, 2023). Esses fenômenos têm abalado os pilares da democracia, colocando em risco a estabilidade política e a legitimidade dos sistemas representativos (NORRIS, 2017; MOUNK, 2018).

A desconfiança em relação às instituições democráticas tem sido um dos principais fatores que contribuem para a crise atual. Segundo Norris (2017), a erosão da confiança pública está diretamente relacionada à percepção de corrupção, à ineficiência governamental e à incapacidade dos representantes políticos de atender às demandas da sociedade. Essa desconfiança é exacerbada por escândalos políticos frequentes, que alimentam a sensação de que o sistema é manipulado em benefício de uma elite, em detrimento do interesse coletivo. Colin Crouch (2008) tem indicado que transformações relacionadas à baixa capacidade de os Estados Nacionais regularem firmas globais cada vez mais desterritorializadas, ao enfraquecimento de organizações relacionadas à classe trabalhadora e à privatização de setores estatais-chave tiveram como consequência o deslocamento das decisões públicas para espaços pouco regulados pelas instituições da democracia.

Além disso, a falta de integridade nos processos políticos tem minado a credibilidade das democracias contemporâneas. Como destacado por Mungiu-Pippidi (2015), a integridade política é essencial para garantir a transparência e a *accountability* (prestação de contas) dos governantes. No entanto, práticas como o clientelismo, o uso indevido de recursos públicos e a manipulação de informações têm se tornado cada vez mais comuns, gerando um cenário de desilusão e ceticismo entre os cidadãos.

Relacionado a esse processo, houve um significativo avanço de políticas de austeridade e da racionalidade neoliberal (BROWN, 2019). Paralelamente, o avanço de forças antidemocráticas tem representado uma ameaça concreta à estabilidade dos regimes democráticos. Movimentos populistas, autoritários e extremistas têm ganhado espaço em diversos países, explorando a insatisfação popular e promovendo

discursos que questionam a validade da democracia liberal. Conforme Wendy Brown (2019), a frustração e a sensação de perda de hegemonia por parte de uma parcela da população foram capturadas por um projeto de ascensão de uma política antidemocrática. Como argumenta Levitsky e Ziblatt (2018), a ascensão dessas forças muitas vezes ocorre por meio de estratégias que subvertem as normas democráticas, como o ataque à imprensa livre, a deslegitimação do judiciário e a manipulação de eleições.

Diante desse cenário, é urgente repensar as bases da democracia e fortalecer os mecanismos de participação e controle social. A reconstrução da confiança pública passa pela promoção de uma cultura política baseada na transparência, na ética e no respeito às instituições. Como sugere Dahl (1998), a democracia só pode florescer em um ambiente onde os cidadãos se sintam verdadeiramente representados e onde haja um compromisso coletivo com os valores democráticos.

A crise da democracia tem sido um tema central nos debates contemporâneos, especialmente diante do avanço de discursos autoritários, da desconfiança nas instituições políticas e da crescente desigualdade social. Segundo Dahl (1998), a democracia enfrenta desafios estruturais quando não consegue garantir a participação efetiva dos cidadãos e a responsividade dos governos às demandas populares. Nesse contexto, a fragilidade dos mecanismos de representação e a falta de transparência nas decisões públicas têm contribuído para o descrédito no regime democrático. Para enfrentar esses problemas, torna-se imperativo promover reformas de Estado que fortaleçam a governança democrática, ampliem a inclusão política e assegurem a equidade no acesso aos direitos fundamentais.

3. O ESTADO ABERTO

Diante desses desafios, surge o conceito de Estado Aberto como uma evolução do paradigma de Governo Aberto (*Open Government*), ampliando sua abrangência para além do Poder Executivo, englobando também os Poderes Legislativo e Judiciário, bem como outras instituições públicas.

(...) um número crescente de países está avançando em direção ao que a OCDE denominou como um “Estado Aberto”. Isso consiste em promover uma colaboração mais ampla entre todos os atores-chave da agenda nacional de governo aberto, incluindo os poderes Legislativo e Judiciário, instituições independentes e governos subnacionais. (OCDE, 2017, página 222)

O Estado Aberto é fundamentado em três pilares principais: transparência, participação social e colaboração. Esses princípios visam promover uma gestão pública mais democrática, inclusiva e eficiente, alinhada às demandas contemporâneas por *accountability* e integridade (OECD, 2017). A transparência, nesse contexto, refere-se à disponibilização de dados e informações públicas de forma acessível e compreensível, enquanto a participação social envolve a inclusão dos cidadãos nos processos decisórios. Já a colaboração enfatiza a cooperação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os demais

entes federativos e as instituições públicas, organizações da sociedade civil, universidades, centros de pesquisa, associações e setor privado para a solução de problemas públicos.

A relação entre Estado Aberto e a integridade da administração pública é intrínseca. Ao adotar práticas de transparência ativa, o Estado Aberto reduz as assimetrias de informação entre governantes e cidadãos, criando um ambiente propício ao controle social e à prevenção de práticas corruptas (MICHENER E BERSCH, 2013). A disponibilização de dados públicos, por exemplo, permite que organizações da sociedade civil, jornalistas e cidadãos monitorem as ações governamentais, identificando possíveis irregularidades. Além disso, a participação social fortalece a legitimidade das políticas públicas, uma vez que os cidadãos passam a ser coautores das decisões que afetam suas vidas, reduzindo o risco de captura do Estado por interesses privados (FOX, 2007).

A colaboração, por sua vez, fomenta a inovação na gestão pública, ao integrar diferentes atores na busca por soluções criativas e eficientes para os desafios sociais. Essa abordagem colaborativa também contribui para a construção de uma cultura de integridade, na qual a ética e a responsabilidade passam a ser valores compartilhados entre governo e sociedade (CRUZ-RUBIO, 2015). Nesse sentido, o Estado Aberto não apenas promove a *accountability* vertical (governo-cidadão), mas também fortalece a *accountability* horizontal (entre instituições), ao estimular a cooperação e o controle mútuo entre os poderes.

Em síntese, o Estado Aberto representa um modelo de gestão pública que busca alinhar os princípios democráticos às práticas administrativas, promovendo a integridade por meio da transparência, participação e colaboração. A literatura especializada destaca que a implementação desses princípios requer não apenas avanços tecnológicos, como a adoção de plataformas digitais, mas também mudanças culturais e institucionais, a inclusão das diversidades dos grupos sociais que compõem a sociedade, bem como fluxos de gestão, demonstração de dados de maneira facilitada e rotinas de trabalho que fortaleçam a confiança entre Estado e sociedade (MEIJER ET AL., 2012). Portanto, o Estado Aberto não é apenas uma ferramenta de modernização administrativa, mas um mecanismo essencial para a consolidação de uma dinâmica cultural de democracias mais amadurecidas, robustas e resilientes.

4. RECOMENDAÇÕES DAS ORGANIZAÇÕES MULTILATERAIS

O presente artigo fundamenta as recomendações de Estado Aberto baseadas em estudos e diretrizes de três organizações internacionais: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), da *Open Government Partnership* (OGP) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). As organizações e iniciativas multilaterais têm desempenhado papel central na formulação de diretrizes e recomendações voltadas à promoção de governos abertos e ao fortalecimento institucional dos regimes democráticos.

A CEPAL, órgão regional da Organização das Nações Unidas (ONU), composto por diversos países-membros, tem promovido o Estado Aberto na região, enfatizando a importância da transparência, participação cidadã e inovação governamental como pilares para o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, há destaque sobre a governança aberta para fortalecer a confiança nas instituições públicas e reduzir as desigualdades sociais, promovendo políticas públicas mais inclusivas e eficazes (CEPAL, 2020). Por meio de estudos, capacitações e recomendações políticas, a CEPAL apoia os países da América Latina e Caribe na implementação de estratégias que integram dados abertos, *accountability* e participação social, alinhando-se aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030.

A OGP é uma iniciativa de aliança global que reúne governos, organizações da sociedade civil e especialistas para promover práticas de governo aberto em mais de 70 países. A OGP atua como um catalisador para a adoção de planos de ação nacionais e locais que priorizam a transparência, o combate à corrupção e a participação cidadã (OGP, 2021). Ao estabelecer compromissos concretos e mecanismos de avaliação independente, a OGP incentiva os governos a implementarem reformas que aumentam a responsabilidade pública e fortalecem a democracia. Além disso, a OGP facilita o intercâmbio de boas práticas entre países, criando uma rede colaborativa que impulsiona a inovação em governança aberta.

A OCDE tem sido uma das principais referências internacionais na promoção do Estado Aberto, desenvolvendo padrões e diretrizes que orientam os países membros e parceiros. A OCDE enfatiza a importância da transparência, integridade e engajamento cidadão como elementos essenciais para a boa governança e o desenvolvimento econômico (OCDE, 2017). Por meio de relatórios (*reports*), indicadores e recomendações políticas, a OCDE apoia os governos na implementação de estratégias de governo aberto, como o uso de dados abertos e a criação de mecanismos de participação pública. A OCDE também promove a cooperação internacional, facilitando o diálogo entre países e a adoção de práticas inovadoras que fortalecem a confiança nas instituições públicas.

A estratégia de Estado Aberto, fundamentada nas diretrizes da CEPAL, da OGP e da OCDE, pode ser sintetizada em eixos interligados que visam fortalecer a democracia, reduzir déficits de credibilidade e promover resultados mais legítimos e eficientes para as políticas públicas e para a integridade pública (CEPAL, 2018; OGP, 2021; OCDE, 2017).

Com o enfoque desse estudo em recomendações para o Poder Executivo e Legislativo, os parágrafos seguintes discorrem sobre a análise de instrumentos de reformas institucionais, instrumentos de promoção de integridade, de transparência e de participação social, bem como ações e boas práticas nesses poderes.

4.1. RECOMENDAÇÕES PARA O PODER LEGISLATIVO

A garantia de ampla transparência legislativa é um compromisso essencial para fortalecer a confiança nas instituições públicas (CEPAL, 2018). A disponibilização de informações legislativas em formatos acessíveis e compreensíveis é fundamental para a *accountability* e a participação cidadã (OGP, 2021), bem como as práticas de transmissão ao vivo de sessões legislativas e a publicação detalhada de projetos de lei, votações e relatórios, visando aumentar a transparência e a responsividade (OCDE, 2019).

A adoção de linguagem simples também é crucial, conforme enfatizado pela OGP (2021), que sugere a simplificação da linguagem jurídica e legislativa para torná-la acessível a todos os cidadãos. A OCDE (2017) complementa essa ideia ao recomendar o uso de plataformas digitais e recursos visuais para facilitar o entendimento das leis e políticas públicas, promovendo a inclusão e a participação.

A criação de canais de participação cidadã é outro pilar importante (CEPAL, 2020), que enfatiza a necessidade de mecanismos como audiências públicas e consultas on-line para fortalecer a democracia e a inclusão social. É recomendado o uso de ferramentas digitais para engajar os cidadãos no processo legislativo, permitindo que sugiram pautas e acompanhem o andamento dos projetos (OGP, 2021). A OCDE (2019) sugere ainda a criação de plataformas colaborativas para a cocriação de políticas públicas, ampliando a participação popular.

A transparência orçamentária e financeira também é essencial, e a recomendação é a publicação de dados financeiros em formatos abertos e reutilizáveis (OCDE, 2019). A CEPAL (2018) destaca que a transparência financeira é fundamental para combater a corrupção e aumentar a confiança nas instituições públicas, enquanto a OGP (2021) sugere a criação de portais de transparência que facilitem o acesso às informações sobre gastos públicos.

O monitoramento de atividades e resultados garante a eficácia das políticas públicas (OCDE, 2019). A publicação regular de relatórios de desempenho e a criação de mecanismos de avaliação pelo cidadão para avaliar o impacto das ações governamentais trazem benefícios às políticas públicas para decisões mais assertivas (OGP, 2021).

A adoção de medidas para integridade e ética também é fundamental, conforme recomendado pela OCDE (2017), que sugere a implementação de códigos de conduta e programas de treinamento em integridade para funcionários públicos. A OGP (2021) reforça a importância de criar canais seguros para denúncias de corrupção e promover uma cultura de ética no setor público, enquanto a CEPAL (2018) destaca que políticas de integridade são essenciais para fortalecer a governança democrática.

A inovação e modernização do legislativo são igualmente importantes (OCDE, 2019), pois recomendam o uso de tecnologias digitais para modernizar os processos legislativos e aumentar a transparência, bem como adotar ferramentas digitais, como sistemas de votação eletrônica e plataformas de

colaboração on-line, para facilitar a participação cidadã (OGP, 2021). A CEPAL (2020) complementa essa visão ao destacar a importância de parcerias com a sociedade civil para promover a inovação no setor público.

4.2. RECOMENDAÇÕES PARA O PODER EXECUTIVO

No contexto dos governos municipais, estaduais e federal, a incrementação da transparência governamental é um compromisso essencial que recomenda a publicação de dados governamentais em formatos abertos e reutilizáveis (OCDE, 2019). Para tanto, faz-se necessária melhoria contínua dos portais de transparência, padronização dos dados, com foco na acessibilidade e na relevância das informações (OGP, 2021). Vale destacar a importância de vincular as finanças públicas com as políticas públicas de forma didática e simples para facilitar o entendimento dos cidadãos (CEPAL, 2020).

A promoção da participação social e inclusão é outro pilar fundamental, conforme recomendado pela CEPAL (2020), que sugere a criação de mecanismos inclusivos de participação, como orçamentos participativos e conselhos participativos. A OGP (2021) reforça a importância de plataformas digitais para facilitar o diálogo entre governo e cidadãos, enquanto a OCDE (2019) destaca a necessidade de garantir a proteção de ativistas e jornalistas para promover uma participação segura e inclusiva.

A promoção da integridade e o combate à corrupção também são essenciais, conforme apontado pela OCDE (2017), que recomenda a adoção de políticas de integridade e a criação de canais seguros para denúncias de corrupção. A OGP (2021) sugere a implementação de códigos de conduta e treinamentos para funcionários públicos, enquanto a CEPAL (2018) destaca a importância de medidas preventivas e repressivas para combater a corrupção.

Por fim, o investimento em inovação, tecnologia e governança digital é essencial, conforme recomendado pela OCDE (2019), que sugere o uso de tecnologias digitais para melhorar a prestação de serviços públicos e aumentar a transparência. A OGP (2021) complementa essa visão ao sugerir o desenvolvimento de “cidades inteligentes” com foco em dados abertos e inovação, enquanto a CEPAL (2020) destaca a importância de parcerias com a sociedade civil para promover a governança digital.

4.3. BREVE PANORAMA BRASIL

No Brasil, tanto o Executivo quanto o Legislativo têm avançado na promoção da transparência e da participação social, embora os desafios persistam. No Executivo, a Lei de Acesso à Informação (LAI), promulgada em 2011, foi um marco na democratização da informação, permitindo maior fiscalização das ações governamentais por cidadãos, organizações da sociedade civil e veículos de imprensa (MICHENER,

2019). A criação de portais como o Portal da Transparência do Governo Federal e plataformas de dados abertos facilitou o acesso a informações sobre orçamento e gastos públicos. No entanto, a qualidade e a atualização dos dados ainda são problemas, limitando sua utilidade para análise e monitoramento (PEIXOTO; FOX, 2016). No Legislativo, portais como o do Congresso Nacional têm aumentado a transparência sobre remuneração e execução orçamentária, mas a falta de granularidade dos dados e a necessidade de regulamentação do lobby ainda são desafios (SPECK, 2018; LOUREIRO et al., 2004).

No que diz respeito à participação social, o Executivo tem promovido a inclusão dos cidadãos no processo decisório por meio de conselhos gestores, conferências nacionais e plataformas digitais como o Brasil Participativo, ampliando a interlocução entre Estado e sociedade (AVRITZER, 2009). No entanto, a desigualdade na representação dos segmentos sociais e a falta de efetividade das propostas da sociedade civil são obstáculos. No Legislativo, audiências públicas e projetos de lei de iniciativa cidadã têm sido importantes canais de participação, mas barreiras institucionais e culturais, como a falta de transparência e a predominância de interesses particulares, ainda dificultam a efetividade dessas iniciativas (POGREBINSCHI, 2013; DAGNINO; TATAGIBA, 2011).

5. CONTROLE SOCIAL E INSTITUCIONAL PARA AVANÇAR A AGENDA

No Brasil, os órgãos de controle desempenham um papel fundamental na fiscalização e na promoção da integridade da administração pública, atuando em duas esferas principais: o controle institucional interno e externo e o controle social. O controle institucional é exercido internamente pelas Controladorias em nível municipal, estadual e federal, com destaque para a Controladoria-Geral da União (CGU), e externo por entidades do Poder Judiciário, como o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Ministério Público (MP), que possuem competências específicas para investigar, auditar e responsabilizar agentes públicos por irregularidades. O Ministério Público, em particular, destaca-se como instituição essencial nesse processo, atuando como “custos legis” (fiscal da lei) para defender a ordem jurídica, os direitos coletivos e o patrimônio público, conforme previsto no artigo 127 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Já o controle social é exercido pela sociedade civil por meio de mecanismos como ouvidorias, conselhos participativos e transparência ativa, complementa o trabalho desses órgãos, fortalecendo a democracia e a *accountability*. Nesse contexto, o MP assume um papel de mediador entre o Estado e a sociedade, promovendo a participação cidadã e a efetivação de políticas públicas (BRASIL, 1988; AVELAR; PINHO, 2017).

A fim que o controle social garanta e perpetue a integridade na gestão pública, o Ministério Público (MP) assume um papel central no fortalecimento das recomendações das boas práticas, alinhando-se aos princípios do Estado Aberto, que englobam transparência, participação social, prestação de contas e inovação tecnológica. Como guardião da legalidade e dos interesses sociais, o MP atua como um agente

de controle e fiscalização, garantindo que as políticas públicas sejam implementadas de forma eficiente e em conformidade com os direitos fundamentais. Nesse sentido, há uma oportunidade de assegurar que o Executivo e o Legislativo adotem práticas alinhadas às recomendações internacionais de governo aberto, como as estabelecidas pela CEPAL e OCDE, bem como pela OGP, da qual o Brasil é signatário. Ao promover a transparência e o acesso à informação, o MP contribui para a redução da corrupção e para o fortalecimento da confiança da sociedade nas instituições públicas, pilares fundamentais de uma democracia robusta (OECD, 2017; OLIVEIRA E MONTANHA, 2023).

No âmbito do Executivo Aberto, o Ministério Público tem sido um ator-chave na fiscalização do cumprimento de leis e normas que garantem a transparência ativa e passiva, como a Lei de Acesso à Informação, Lei n.º 12.527/2011 (BRASIL, 2011). O MP atua não apenas de forma reativa, mas também preventiva, por meio de recomendações, termos de ajustamento de conduta (TACs) e ações judiciais que visam garantir a disponibilização de dados públicos em formatos acessíveis e a criação de canais de participação cidadã (OLIVEIRA E MONTANHA, 2023). Essas iniciativas são fundamentais para assegurar que o Executivo adote boas práticas de gestão, como a publicação de dados orçamentários em tempo real e a realização de consultas públicas para a formulação de políticas, reforçando a *accountability* e a responsividade governamental (POGREBINSCHI, 2018).

No que se refere ao Legislativo Aberto, o Ministério Público tem um papel igualmente relevante ao fiscalizar a transparência dos processos legislativos e a integridade dos parlamentares. A atuação do MP nesse campo garante que o Poder Legislativo adote práticas como a divulgação de agendas, votações e relatórios de atividades, além de assegurar a participação social na elaboração de leis. Conforme apontado por pesquisas, a transparência legislativa é um elemento essencial para o combate à corrupção e para o fortalecimento da representatividade democrática (GRZYBOWSKI, 2019). O MP, ao atuar nessa frente, contribui para a construção de um Legislativo mais aberto e responsivo às demandas da sociedade.

Além de sua função fiscalizatória, o Ministério Público desempenha um papel educativo e preventivo, promovendo campanhas e capacitações para servidores públicos, parlamentares e cidadãos sobre a importância da transparência, da integridade e da participação social. Essas ações, conforme destacado por Abrucio (2019), contribuem para a formação de uma cultura de *accountability*, na qual os gestores públicos e legisladores se sentem mais responsáveis por suas decisões, e a sociedade se torna mais ativa na fiscalização e no controle social. Essa dinâmica reforça a democracia ao aproximar o Estado dos cidadãos e ao garantir que as políticas públicas reflitam as necessidades e expectativas da população.

Por fim, vale ressaltar que o fortalecimento da democracia e a consolidação do Estado Aberto dependem de uma atuação proativa, integrada e estratégica em conjunto com o Ministério Público. Ao fiscalizar o cumprimento das normas de transparência, promover a participação social e fomentar boas práticas administrativas e legislativas, o MP contribui para a construção de uma administração pública mais eficiente, íntegra e democrática. Como destacado por Oliveira e Montanha (2023), essa atuação é

essencial para garantir que os princípios constitucionais sejam respeitados e que o Estado Democrático de Direito cumpra seu papel de promotor do bem-estar social. Nesse sentido, o MP não apenas assegura a efetividade das recomendações para o Executivo e o Legislativo abertos, mas também consolida sua própria relevância como instituição fundamental para a sustentação da democracia e do Estado de Direito no Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fortalecimento da integridade e governança nos poderes Executivo e Legislativo é um processo contínuo que exige compromisso, inovação e colaboração entre Estado e sociedade. A implementação das recomendações para o Estado Aberto, ao ampliar os mecanismos institucionais de diálogo, transparência e controle social, contribuirá para restabelecer a confiança pública nas instituições democráticas, promovendo maior responsividade governamental e atuando como um contraponto estruturante ao avanço de tendências autoritárias.

O Estado Aberto emerge como um novo pacto de Estado em favor da democracia, redefinindo as relações entre governos, cidadãos e instituições por meio de princípios como transparência, participação social e colaboração. Segundo a OCDE (2017), essa abordagem não se limita ao Poder Executivo, mas se estende a todas as esferas do Estado, incluindo os Poderes Legislativo e Judiciário, bem como órgãos de controle e entidades subnacionais. Essa expansão é fundamental para garantir uma governança integrada e coerente, capaz de enfrentar os desafios complexos das sociedades contemporâneas. A CEPAL (2018) reforça que o Estado Aberto representa uma oportunidade para fortalecer a confiança nas instituições públicas, ao promover maior *accountability* e inclusão cidadã nos processos decisórios.

As organizações internacionais e entidades não governamentais também podem se beneficiar desses princípios, ao adotar maior transparência e participação em suas operações. Essas esferas ampliadas demonstram que o Estado Aberto não é um modelo estático, mas um paradigma em constante evolução, capaz de adaptar-se a diferentes contextos e desafios (CEPAL, 2020).

A adoção de diretrizes arrojadas para promover o Estado Aberto, especialmente no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, representa uma oportunidade estratégica para fortalecer a transparência, a integridade e a participação social. Essas ações, articuladas de forma coordenada entre os poderes, podem ampliar a confiança entre a sociedade e as instituições públicas, e podem consolidar caminhos para enfrentar desafios históricos da democracia brasileira.

O artigo destaca que o Brasil, já reconhecido internacionalmente por suas iniciativas pioneiras em participação social e transparência como a Lei de Acesso à Informação (LAI), os Conselhos Participativos, os Orçamentos Participativos, o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC) e

a Política de Dados Abertos, tem a oportunidade de dar mais um passo significativo nessa agenda. Ao se inspirar em experiências exitosas de países como Costa Rica e Chile, que avançaram na implementação de políticas de Estado Aberto (OCDE, 2016, 2017; COSTA RICA, 2023; CHILE, 2023), o país pode consolidar um novo pacto de reforma do Estado.

Em síntese, o Estado Aberto representa uma transformação profunda na forma como o Estado se relaciona com a sociedade, fortalecendo a democracia e a integridade pública. Sua implementação requer não apenas avanços tecnológicos e legais, mas também uma mudança cultural que valorize a ética, a colaboração interinstitucional e o engajamento cidadão. Nesse processo, os órgãos de controle, em especial o Ministério Público, desempenham um papel estratégico na promoção da integridade, na indução de políticas públicas transparentes e na garantia do controle social, atuando como pilares institucionais na consolidação de um Estado mais aberto e responsivo. Como destacam OGP, OCDE e CEPAL, esse novo pacto de Estado é essencial para construir sociedades mais justas, transparentes e resilientes, capazes de enfrentar os desafios do século XXI.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **A gestão pública no Brasil contemporâneo: desafios e perspectivas**. São Paulo: FGV, 2019.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Educ, 2011.

AVRITZER, Leonardo. **Participatory institutions in democratic Brazil**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009.

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2019.

AVRITZER, Leonardo. **Política e sociedade no Brasil: uma introdução**. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

AVELAR, Lucia; PINHO, José Antonio Gomes. Controle social e *accountability* na administração pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 1-20, jan./fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 148, n.º 222, p. 1, 18 nov. 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 dez. 2024.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente**. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

CRUZ-RUBIO, Carolina N. What is (not) *open government*? A framework proposal. **International Review of Administrative Sciences**, v. 81, n.º 4, p. 681-701, 2015.

CEPAL. **Gobierno abierto**: hacia un nuevo paradigma de gestión pública. Santiago de Chile: CEPAL, 2018.

CEPAL. **Gobierno abierto y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**. Santiago de Chile: CEPAL, 2018.

CEPAL. **La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible**: una oportunidad para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, 2020.

CEPAL. **Participación ciudadana y gobierno abierto en América Latina**. Santiago de Chile: CEPAL, 2020. Disponível em: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45936-participacion-ciudadana-gobierno-a-bierto-america-latina>>. Acesso em: 12 dez. 2024.

CEPAL. **Relatórios específicos de projetos e iniciativas de governo aberto na região**. Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/subtopicos/governo-aberto>>. Acesso em: 12 dez. 2024.

COSTA RICA. **V Plan de Acción de Estado Abierto 2023-2027**. Costa Rica, 2023. Disponível em: <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/5_%20Costa-Rica_Action-Plan_2023-2027_December.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2024.

CROUCH, Colin. **Post-democracy**. Cambridge: Polity Press, 2008.

CHILE. **6º Plan de Acción de Estado Abierto 2023-2027**. Chile, 2023. Disponível em: <<https://www.ogp.gob.cl/wp-content/uploads/2024/05/6to-Plan-de-Accion-de-Estado-Abierto-2024-1.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

DAGNINO, Evelina; TATAGIBA, Luciana. **Democracia, sociedade civil e participação**. Chapecó: Argos, 2011.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UnB, 1998.

FOX, Jonathan. The uncertain relationship between transparency and *accountability*. **Development in Practice**, v. 17, n.º 4-5, p. 663-671, 2007.

GAMBOA, Laura. **Resisting backsliding**: opposition strategies against the erosion of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

GOMIDE, Alexandre; SILVA, Mariana; LEOPOLDI, Mariana A. Políticas públicas em contexto de retrocesso democrático e populismo reacionário: desmontes e reconfigurações. In: GOMIDE, A.; SILVA, M.; LEOPOLDI, M. A. (org.). **Desmonte e reconfiguração das políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2023.

GRZYBOWSKI, Carolina. **Transparência legislativa e democracia no Brasil**. Brasília: Transparência Internacional, 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz. Política e reformas fiscais no Brasil recente. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 24, n.º 3, p. 391-406, 2004.

MEIJER, Albert; CURTIN, Deirdre; HILLEBRANDT, Maarten. *Open government*: connecting vision and voice. **International Review of Administrative Sciences**, v. 78, n.º 1, p. 10-29, 2012.

MICHENER, Gregory; BERSCH, Kerstin. Identifying transparency. In: **Transparency and Information: A Transdisciplinary Research Agenda**, 2013.

MICHENER, Gregory. Evaluating Brazil's Freedom of Information Law: what works, what doesn't, and what might. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n.º 5, p. 1273-1290, 2015.

MICHENER, Gregory. **The right to know**: transparency for an open world. New York: Columbia University Press, 2019.

MOUNK, Yascha. **The people vs. democracy**: why our freedom is in danger and how to save it. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. **The quest for good governance**: how societies develop control of corruption. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

NORRIS, Pippa. **Why American democracy is failing – and how to fix it**. New Haven: Yale University Press, 2017.

OCDE. **OECD Public Governance Reviews: Open Government** in Costa Rica. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/publications/open-government-in-costa-rica_9789264265424-en.html>. Acesso em: 20 fev. 2025.

OCDE. **Recommendation of the Council on Open Government**. Paris: OECD, 2017. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0438>>. Acesso em: 20 fev. 2025.

OCDE. **Open government**: the global context and the way forward. Paris: OECD, 2017. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/open-government_9789264268104-en#page3>. Acesso em: 20 fev. 2025.

OCDE. **OECD Open Government Reviews: Brazil**. Paris: OECD, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/publications/open-government-review-of-brazil_3f9009d4-en.html>. Acesso em: 20 fev. 2025.

OCDE. **Government at a glance**. Paris: OECD, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/publications/government-at-a-glance-2023_3d5c5d31-en.html>. Acesso em: 20 fev. 2025.

OCDE. **Government at a glance**: Latin America and the Caribbean 2020. Paris: OECD Publishing, 2021.

OCDE. **Recommendation of the Council on Open Government**. Paris: OECD, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/open-government/recommendation-on-open-government.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2025.

OGP – *OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP*. **Declaração de princípios e guia de implementação**. Washington, D.C.: OGP, 2021.

OGP – *OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP*. **Global report**. Washington, D.C.: OGP, 2023.

OLIVEIRA, Tarciana Alves; MONTANHA, Camila. O Ministério Público como guardião do Estado Democrático de Direito: uma análise neoconstitucional com base nos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023. **Revista do CNMP**, Brasília, 12. ed., 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.36662/revistadocnmp.i12.697>>. Acesso em: 5 mar. 2025.

PEIXOTO, Tiago; FOX, Jonathan. When does ICT-enabled citizen voice lead to government responsiveness? **World Development**, v. 93, p. 404-414, 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. **Democracia digital no Brasil**: participação e representação na era da internet. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

SPECK, Bruno Wilhelm. Transparência e *accountability* no Legislativo brasileiro. In: PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Raquel Sampaio (orgs.). **Accountability e novas institucionalidades**: avaliação de políticas públicas no Brasil. Salvador: EDUFBA, 2018.

SOBRE O AUTOR

Felipe Tannus Moreira da Costa é especialista na agenda de governo aberto, gestor público pela Faculdade de Ciências Aplicadas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), membro da Rede Brasileira de Governo Aberto (RBGA), ponto de contato da *Open Government Partnership* (OGP), Fellowship da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre Governo e Dados Abertos, atua como gestor público com a agenda de governo aberto em nível municipal e coordena o grupo de trabalho de governo aberto e combate à corrupção da Rede Brasileira de Práticas Anticorrupção da Transparência Internacional.

The background is a solid magenta color. A large, thin, white outline of the number '2' is positioned vertically, spanning most of the page. In the upper left quadrant, there is a white outline of a person's head and shoulders, facing forward. The text '2º CONGRESSO DE DEFESA DA INTEGRIDADE' is written in a bold, white, sans-serif font, centered horizontally and partially overlaid by the number '2'.

2º CONGRESSO DE DEFESA DA INTEGRIDADE

A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DE GASTOS CULTURAIS: ENTRE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DA CIDADANIA CULTURAL

THE RESOLUTIVE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE IN THE OVERSIGHT OF CULTURAL EXPENDITURES: BETWEEN THE PROTECTION OF PUBLIC ASSETS AND THE EFFECTIVENESS OF CULTURAL CITIZENSHIP

José Augusto Cutrim Gomes

Resumo: O artigo analisa a atuação do Ministério Público na fiscalização de contratações artísticas de elevado custo, especialmente em contextos de restrição fiscal. Parte-se do problema referente à tensão entre a tutela do patrimônio público e a efetividade do direito fundamental à cultura, investigando se a atuação predominantemente reativa e voltada à suspensão pontual de eventos é compatível com o regime constitucional das políticas culturais. O objetivo consiste em examinar a possibilidade de reorientação dessa atuação para um modelo preventivo e estrutural, sem prejuízo do controle da legalidade. A pesquisa adota abordagem teórico-normativa, com análise jurídico-institucional e diálogo interdisciplinar, articulando a teoria dos direitos culturais, a concepção de políticas públicas como arranjos institucionais vinculados, a Análise Econômica do Direito e a Teoria das Escolhas Trágicas. Os resultados indicam que a incorporação de critérios materiais ao controle, como justificabilidade pública, proporcionalidade e integridade, permite qualificar a fiscalização ministerial para além do formalismo procedimental, fortalecendo a racionalidade decisória e a governança cultural. Conclui-se que a reconfiguração do padrão de atuação ministerial revela-se necessária, no plano institucional, para conciliar a proteção do patrimônio público com a promoção da cidadania cultural, sem admitir hierarquizações entre direitos fundamentais

Palavras-chave: Ministério Público. Controle do gasto público. Direitos culturais.

Abstract: This article examines the role of the Public Prosecutor's Office in overseeing high-cost artistic contracts, particularly in contexts of fiscal constraint. It begins by addressing the tension between the protection of public assets and the effectiveness of the fundamental right to culture, questioning whether a predominantly reactive approach focused on the punctual suspension of events aligns with the constitutional framework governing cultural policies. The study aims to assess the feasibility of reorienting such oversight toward a preventive and structural model, without undermining the control of legality. It adopts a theoretical-normative approach grounded in juridical-institutional analysis and interdisciplinary dialogue, drawing upon the theory of cultural rights, the understanding of public policies as binding institutional arrangements, Law and Economics, and the Theory of Tragic Choices. The findings suggest that

incorporating substantive criteria into oversight, such as public justifiability, proportionality, and integrity, enhances prosecutorial supervision beyond procedural formalism, strengthening decision-making rationality and cultural governance. The article concludes that reconfiguring the prevailing pattern of prosecutorial action is institutionally necessary to reconcile the protection of public assets with the promotion of cultural citizenship, without establishing hierarchies among fundamental rights.

Keywords: *Public Prosecutor's Office. Public expenditure oversight. Cultural rights.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Cultura como direito fundamental e política pública constitucionalmente vinculada; 2.1. Os direitos culturais e o dever estatal de salvaguarda; 2.2. A falsa hierarquização entre cultura e políticas essenciais: escassez, integridade institucional e escolhas públicas sob conflito; 3. A atuação do ministério público na fiscalização das contratações artísticas de alto custo; 3.1. Controle repressivo e escolhas trágicas; 3.2. Controle preventivo e racionalidade decisória; 4. Para além do formalismo: critérios materiais para a atuação do ministério público; 4.1. Justificabilidade pública e proporcionalidade: a motivação como eixo de integridade; 4.2. AED aplicada à atuação do ministério público: custos de transação, assimetrias informacionais e incentivos; 4.3. A atuação preventiva e estruturante do ministério público à luz das diretrizes do CNMP e da especificidade das políticas culturais; 5. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A ordem constitucional inaugurada em 1988 conferiu à cultura condição de direito fundamental e de interesse público primário, impondo ao Estado o dever de garanti-la, promovê-la e protegê-la, nos termos dos arts. 215 e 216. Esse enquadramento afasta definitivamente a compreensão da política cultural como dimensão acessória da ação governamental e a situa no núcleo das garantias ligadas à dignidade da pessoa humana e ao exercício da cidadania.

Nas últimas décadas, entretanto, o agravamento das restrições fiscais intensificou os dilemas de alocação de recursos em Estados e municípios, sobretudo sob a pressão por áreas tradicionalmente priorizadas na agenda orçamentária, como saúde e educação. Nesse contexto, contratações de shows e eventos artísticos de elevado custo passaram a ocupar posição sensível no debate público, frequentemente associadas à suposta inversão de prioridades ou ao uso inadequado do orçamento.

É nesse ambiente que se amplia o protagonismo do Ministério Público na fiscalização dos gastos culturais. À luz dos arts. 127 e 129 da Constituição, incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica e a tutela do patrimônio público e social, assegurando a legalidade e a probidade na aplicação dos recursos públicos, atuação esta que repercute diretamente sobre a efetividade do direito fundamental à cultura. Na prática, contudo, essa atuação tem assumido feição predominantemente reativa, materializada em recomendações e ações judiciais voltadas à suspensão de eventos. Embora juridicamente legítimas, tais medidas

podem produzir efeitos que transcendem o caso concreto, afetando economias locais e influenciando a percepção social acerca do lugar da cultura nas políticas públicas.

O problema central emerge da ausência de parâmetros institucionais claros que orientem a atuação ministerial para além da reação a despesas isoladas. Ao desconsiderar custos de transação, assimetrias informacionais, externalidades e os sacrifícios inerentes à escassez, o controle tende a operar, ainda que implicitamente, uma hierarquização de direitos em detrimento da cidadania cultural. Diante desse cenário, emerge a questão central do estudo: quais parâmetros institucionais podem orientar o controle ministerial das contratações culturais de elevado custo, de modo a compatibilizar a tutela do patrimônio público com a efetividade do direito fundamental à cultura?

O artigo tem por objetivo examinar a possibilidade de reorientação da atuação ministerial para um modelo preventivo e estrutural, sem prejuízo do controle da legalidade, capaz de incorporar critérios de justificabilidade pública, proporcionalidade e integridade decisória. Busca-se, assim, afastar o foco do exame episódico de despesas para a construção de padrões institucionais que promovam maior racionalidade e previsibilidade no controle das políticas culturais.

O estudo dialoga com distintas matrizes teóricas. A compreensão da cultura como direito de cidadania apoia-se em Marilena Chauí, ao destacar sua dimensão de pertencimento e participação democrática. A concepção de políticas públicas como arranjos institucionais finalisticamente orientados inspira-se em Maria Paula Dallari Bucci (2013). A noção de desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas, formulada por Amartya Sen (2010), permite superar uma leitura estritamente orçamentária, enquanto Celso Furtado (1984) evidencia o papel da cultura na criatividade social e no desenvolvimento enraizado.

De forma complementar, a Análise Econômica do Direito, desenvolvida por Coase, Posner e Calabresi, é mobilizada como linguagem de custos de transação, incentivos e assimetrias informacionais, qualificando o exame da racionalidade das escolhas públicas (COASE, 1960; POSNER, 2014; CALABRESI, 1978). A Teoria das Escolhas Trágicas, formulada por Calabresi e Bobbitt, explicita a dimensão dramática das decisões sob escassez fiscal, nas quais a alocação de recursos comunica prioridades constitucionais (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Adota-se como metodologia uma abordagem teórico-normativa, com análise jurídico-institucional e diálogo interdisciplinar. Parte-se da hipótese de que a atuação repressiva, quando isolada, tende a produzir efeitos institucionais adversos e não assegura de modo consistente a tutela simultânea do erário e do direito à cultura, mostrando-se mais adequada uma atuação preventiva e estruturante, fundada na justificabilidade pública, na proporcionalidade e na integridade decisória.

O percurso argumentativo inicia-se com a análise da cultura como direito fundamental e política pública constitucionalmente vinculada; examina, em seguida, a atuação ministerial no controle das

contratações artísticas de alto custo; propõe critérios materiais e institucionais para uma atuação mais resolutiva; e conclui reafirmando a necessidade de um padrão de controle capaz de preservar, de forma concomitante, o patrimônio público e a efetividade do direito à cultura.

2. CULTURA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E POLÍTICA PÚBLICA CONSTITUCIONALMENTE VINCULADA

Os conflitos em torno dos gastos culturais não se esgotam na escassez orçamentária nem na fiscalização pontual de atos administrativos. Antes de enfrentar os dilemas próprios do controle institucional dessas despesas, é necessário recolocar a cultura no estatuto que lhe foi atribuído pelo constituinte de 1988, como direito fundamental e dimensão estruturante da atuação estatal.

Busca-se, nesta seção, fixar a base teórica que sustentará a análise subsequente, permitindo que a atuação do Ministério Público seja examinada à luz da posição que a Constituição atribui à cultura no conjunto dos direitos fundamentais, e não com base em hierarquizações implícitas ou de leituras que a reduzam a uma variável residual da gestão pública.

2.1. OS DIREITOS CULTURAIS E O DEVER ESTATAL DE SALVAGUARDA

Ao assegurar o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, o constituinte impõe ao Estado deveres positivos de promoção, proteção, incentivo e preservação, que devem ser exercidos com racionalidade, continuidade e justificabilidade. A política cultural, nesse quadro, não se confunde com ações episódicas ou simbólicas. Ela assume natureza estrutural e permanente, vinculada à produção de sentidos, ao reconhecimento de identidades e à participação social, o que exige sua integração ao planejamento, ao orçamento e aos mecanismos de governança democrática.

A cultura, portanto, não pode ser compreendida como setor periférico, automaticamente sacrificável em contextos de escassez. Por constituir dimensão constitutiva da cidadania, ela impõe ao Estado obrigações contínuas e estabelece limites tanto à omissão quanto às decisões arbitrárias. É nesse ponto que a noção de cidadania cultural ganha relevo. Para Chauí, a cultura não é privilégio de consumo nem atividade acessória, mas dimensão indissociável dos direitos, do reconhecimento e da participação na vida simbólica da cidade (CHAUÍ, 2006).

No plano das políticas públicas, essa concepção traduz-se na exigência de continuidade, critérios e governança como elementos estruturantes da racionalidade pública, e não como mecanismos de legitimação posterior de decisões já adotadas (BUCCI, 2013). A política cultural, enquanto política pública constitucionalmente vinculada, deve orientar-se por finalidades específicas e por parâmetros normativos que condicionam suas escolhas e sua implementação.

A leitura da cultura à luz da categoria do desenvolvimento reforça esse enquadramento. Amartya Sen concebe o desenvolvimento como expansão de liberdades reais, entendidas como condições concretas de escolha, participação e vida digna (SEN, 2010). Sob essa perspectiva, a cultura adquire centralidade jurídica e política, pois amplia capacidades, influencia trajetórias e impacta diretamente o reconhecimento de grupos socialmente vulnerabilizados como sujeitos de direitos.

No contexto brasileiro, Celso Furtado aprofunda essa conexão ao vincular cultura, criatividade social e projeto de desenvolvimento. Ao destacar a preservação dos espaços de criatividade na vida popular, enfatiza a necessidade de um desenvolvimento enraizado na experiência social concreta, e não subordinado à mera reprodução de padrões externos ou à lógica imediata do consumo (FURTADO, 1984).

Essa normatividade constitucional exige abandonar simplificações recorrentes na análise das contratações artísticas de elevado custo. Não é possível tratar a cultura como bloco homogêneo nem equiparar políticas estruturadas de fomento a gastos casuísticos de curto prazo. Tampouco se deve confundir o fortalecimento de cadeias culturais locais com a contratação de atrações de grande visibilidade desvinculadas de uma política pública consistente (BUCCI, 2013; CHAUI, 2006). A distinção é decisiva para que o controle institucional incida sobre a racionalidade das escolhas, e não sobre uma desvalorização abstrata da cultura enquanto direito fundamental.

2.2. A FALSA HIERARQUIZAÇÃO ENTRE CULTURA E POLÍTICAS ESSENCIAIS: ESCASSEZ, INTEGRIDADE INSTITUCIONAL E ESCOLHAS PÚBLICAS SOB CONFLITO

O debate público frequentemente se organiza tendo como base uma oposição automática entre cultura e políticas tradicionalmente qualificadas como essenciais, como saúde e educação. A escassez de recursos é real, e a proteção do mínimo existencial constitui imperativo constitucional. O problema surge quando essa oposição se converte em atalho argumentativo e consolida uma hierarquia tácita, pela qual a cultura passa a ocupar o primeiro lugar entre os itens sacrificáveis, admitida apenas em cenários de sobra orçamentária. O resultado é a erosão progressiva de sua legitimidade pública e institucional, com impactos sobre planejamento e continuidade (CHAUI, 2006; BUCCI, 2013).

A escassez, contudo, não elimina direitos; impõe escolhas. E escolhas públicas, como demonstram Calabresi e Bobbitt, não são operações neutras, mas decisões que distribuem perdas e comunicam prioridades normativas acerca do que uma sociedade decide preservar quando não pode preservar tudo simultaneamente (CALABRESI; BOBBITT, 1978). A reiterada apresentação da cultura como supérflua não produz apenas economia fiscal; reorganiza valores e expectativas sobre seu lugar no pacto democrático.

Paradoxalmente, essa dinâmica tende a aprofundar as fragilidades institucionais. Quando a cultura se converte em campo de corte fácil, perde densidade organizacional, os espaços participativos se enfraquecem e o planejamento se rarefaz. O gasto cultural, quando subsiste, passa a concentrar-se em

iniciativas de curto prazo e elevado retorno político, com baixa continuidade. Forma-se um circuito de baixa integridade, no qual a ausência de política estruturada gera decisões frágeis; tais decisões alimentam controles centrados exclusivamente na supressão do gasto; e a supressão reforça a narrativa do supérfluo, inibindo a consolidação de institucionalidade cultural (BUCCI, 2013).

A noção de integridade institucional oferece critérios mais adequados de análise. Integridade, nesse contexto, significa coerência entre fins constitucionais, meios administrativos e resultados publicamente justificáveis. Uma política cultural íntegra pressupõe finalidade clara, critérios minimamente estáveis, instâncias de participação e algum grau de planejamento que torne as decisões controláveis e os gastos rastreáveis em seus objetivos (BUCCI, 2013).

Por simetria, a integridade do controle não se satisfaz com a comparação imediata entre o valor de um cachê e as carências locais, como se isso encerrasse o debate. O controle, especialmente aquele exercido pelo Ministério Público, possui dimensão indutora: deve questionar a razão da escolha, a adequação do custo, a política que a sustenta, os benefícios plausíveis, as alternativas consideradas e a forma como se preservam, simultaneamente, o patrimônio público e o dever de proteção cultural (BUCCI, 2013; OSTROM, 1990).

As contribuições de Elinor Ostrom evidenciam que instituições não são acessórios, mas o próprio mecanismo pelo qual políticas se tornam viáveis, controláveis e sustentáveis. Regras claras, arranjos decisórios consistentes e instâncias participativas reduzem incentivos oportunistas e mitigam ciclos políticos de curto prazo (OSTROM, 1990). Exigir institucionalidade não significa blindar a cultura do controle, tampouco legitimá-la como justificativa genérica para qualquer gasto, mas submeter decisões a critérios verificáveis e a padrões de justificabilidade pública.

Em síntese, a escassez não autoriza a conversão da cultura em direito residual. O debate deve direcionar-se para o plano da integridade decisória e da justificabilidade pública. É nesse espaço que a atuação do Ministério Público pode assumir maior densidade institucional, evitando hierarquizações automáticas de direitos, induzindo racionalidade nas escolhas estatais e preservando, de forma simultânea, o patrimônio público e o dever constitucional de salvaguarda da cultura.

3. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES ARTÍSTICAS DE ALTO CUSTO

Com fundamento nas premissas até aqui delineadas, o debate passa do plano abstrato dos direitos culturais para o exame das práticas de fiscalização da aplicação dos recursos públicos, tornando-se indispensável analisar como esse enquadramento constitucional repercute na atuação do Ministério Público diante de contratações artísticas de elevado custo, sobretudo em contextos de escassez fiscal e fragilidade institucional.

3.1. CONTROLE REPRESSIVO E ESCOLHAS TRÁGICAS

Nas contratações artísticas de elevado custo, a atuação do Ministério Público tem assumido, com frequência, feição repressiva, manifestando-se por meio de recomendações de cancelamento, instauração de procedimentos investigatórios e ajuizamento de ações voltadas à suspensão de eventos. Esse padrão não revela desvio institucional, mas expressão de sua competência constitucional de tutela da ordem jurídica e do patrimônio público, sobretudo quando decisões administrativas mobilizam recursos significativos em contextos de restrição fiscal. O ponto sensível está no fato de que tais intervenções, em regra, incidem sobre escolhas já formalizadas ou em estágio avançado, com expectativas sociais constituídas e compromissos financeiros e simbólicos já assumidos.

Nessas circunstâncias, o controle repressivo ultrapassa a função de correção técnica de ilegalidades e passa a integrar o próprio conflito público acerca das prioridades estatais. Ao incidir sobre decisões que já produziram efeitos políticos e sociais, a intervenção não atinge apenas a validade do ato administrativo, mas também comunica mensagens institucionais sobre o lugar da cultura no conjunto das políticas públicas.

A Teoria das Escolhas Trágicas oferece chave interpretativa adequada para essa dinâmica. Calabresi e Bobbitt demonstram que decisões sob escassez organizam perdas e benefícios e comunicam valores coletivos, inexistindo solução neutra quando os recursos são insuficientes para atender a todas as demandas legítimas (CALABRESI; BOBBITT, 1978). Tanto a realização quanto a suspensão de eventos culturais de alto custo produzem efeitos redistributivos e simbólicos, projetando significados sobre aquilo que a sociedade decide preservar em contextos de limitação orçamentária.

Dois riscos se evidenciam quando o controle repressivo se torna resposta predominante. O primeiro consiste em reduzir a análise jurídica a uma narrativa genérica de escassez. Se a intervenção se fundamenta apenas na oposição abstrata entre despesa cultural e carências sociais, sem a demonstração efetiva de ilegalidade, desvio de finalidade ou afronta concreta a parâmetros normativos, o debate deixa o plano da juridicidade e migra para um juízo moral simplificado sobre o gasto público. Preserva-se formalmente o erário, mas reforça-se a percepção de que a cultura constitui direito renunciável, exercitável apenas em cenários de sobra orçamentária. Como observa Chauí, essa percepção contribui para esvaziar a cultura como dimensão de cidadania e participação democrática (CHAUÍ, 2006).

O segundo risco projeta efeitos institucionais de médio e longo prazo. A judicialização reiterada de decisões culturais de alta visibilidade tende a induzir comportamentos defensivos na Administração, redirecionando o centro decisório para a lógica do menor risco de contestação. Gestores passam a orientar suas escolhas não pela melhor justificativa pública disponível, mas pela alternativa menos suscetível à intervenção externa.

Elinor Ostrom demonstra que, quando as instituições não estabilizam expectativas nem organizam adequadamente incentivos, os atores tendem a reagir a pressões imediatas, o que eleva custos de coordenação e enfraquece padrões cooperativos. Essa dinâmica compromete as capacidades estatais de formular e sustentar políticas públicas, pois decisões desestruturadas ou reiteradamente judicializadas fragilizam a coordenação institucional e reduzem a previsibilidade do processo decisório (GOMIDE; PIRES, 2014).

Essas constatações não deslegitimam o controle repressivo. Ao contrário, ele permanece plenamente justificado diante de ilegalidade manifesta, desvio de finalidade comprovado, violação dolosa de deveres de transparência e probidade ou risco concreto ao patrimônio público. Nesses casos, a atuação ministerial deve observar critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, explicitando a desconformidade identificada e o risco efetivo ao interesse público primário, de modo a evitar que a intervenção se converta em mecanismo indireto de redefinição das prioridades constitucionais.

A contribuição de Sen mostra-se decisiva ao reposicionar o debate no âmbito das liberdades substantivas (SEN, 2010). A escolha pública não se resume à alternativa entre manter ou cortar o gasto, mas deve considerar quais arranjos ampliam capacidades reais de participação, inclusão e acesso à cultura, sem romper os limites da integridade fiscal e administrativa. De modo convergente, Furtado evidencia que o sacrifício reiterado dos espaços de criatividade socialmente enraizados pode corroer, de forma silenciosa, bases relevantes do desenvolvimento cultural e da autonomia coletiva (FURTADO, 1984).

Assim compreendido, o controle repressivo exige fundamentação juridicamente qualificada, capaz de demonstrar a ilegalidade concreta, o risco efetivo ao patrimônio público e as razões pelas quais a suspensão do evento se revela medida necessária e proporcional diante dos direitos fundamentais em tensão

3.2. CONTROLE PREVENTIVO E RACIONALIDADE DECISÓRIA

A recorrência de controvérsias envolvendo contratações artísticas de elevado valor revela que o problema não se limita à aferição posterior de eventual dano ao erário. Em muitos casos, a fragilidade está na própria formação da decisão administrativa, marcada por ausência de planejamento cultural, critérios pouco explicitados ou justificativas desconectadas de objetivos públicos previamente definidos. É nesse estágio que o controle preventivo se mostra decisivo, ao induzir a conformação das escolhas públicas a parâmetros jurídicos e institucionais claros e controláveis.

A Análise Econômica do Direito cumpre aqui a função instrumental. Não se trata de submeter a juridicidade a cálculos utilitaristas, mas de reconhecer que decisões públicas geram efeitos sistêmicos. A noção de custos de transação, formulada por Coase (1960), evidencia que toda escolha envolve custos

de informação, negociação e monitoramento. Posner (2014) e Calabresi (1978) demonstram que o direito molda comportamentos ao alterar as estruturas de incentivos e os critérios de alocação de riscos. A atuação preventiva do Ministério Público pode ser compreendida, assim, como mecanismo institucional capaz de reorganizar incentivos e reduzir assimetrias informacionais, favorecendo maior consistência e previsibilidade ao processo decisório.

Essa leitura converge com a concepção de políticas públicas apresentada por Bucci (2013), segundo a qual a ação estatal pressupõe articulação racional entre fins, meios, instrumentos e responsabilidades. Quando decisões relevantes são adotadas sem parâmetros explícitos ou planejamento mínimo, não se compromete apenas o impacto financeiro, mas a própria coerência interna da política pública, com prejuízo ao controle democrático.

Nessa perspectiva, o controle preventivo não substitui o mérito administrativo, mas se volta à conformidade do processo decisório com o ordenamento jurídico em sentido amplo. A atenção recai sobre a motivação, a finalidade pública, a adequação do objeto, a proporcionalidade da escolha, a compatibilidade orçamentária e a observância dos princípios administrativos. Quando a discussão deixa de se concentrar em juízos morais acerca do montante despendido e passa a examinar as razões que sustentam a decisão, o controle reafirma sua legitimidade institucional.

Os efeitos dessa atuação extrapolam o caso concreto. A exigência de planejamento cultural mínimo, de justificativa pública consistente e de coerência entre objeto e finalidade reduz custos de transação do próprio sistema decisório, limita espaços de arbitrariedade e amplia a previsibilidade administrativa, fortalecendo a transparência e o controle social. Protege-se o patrimônio público e, simultaneamente, reafirma-se a cultura como política pública vinculada à cidadania, e não como despesa episódica, conforme advertido por Chauí (2006).

Em termos operacionais, essa racionalização pode traduzir-se na vinculação da contratação a instrumentos formais de planejamento, na participação de instâncias colegiadas quando existentes, na apresentação de justificativa de preços baseada em referências comparáveis, na análise de alternativas menos onerosas e na adoção de mecanismos de transparência ativa. Não se trata de impor formalismo excessivo, mas de criar condições para que o gasto cultural seja verificável, compatível com os direitos culturais e com a integridade administrativa.

Com isso, abre-se espaço para a definição de critérios materiais que orientem a atuação ministerial para além do formalismo, conciliando a tutela do patrimônio público com a efetividade da cidadania cultural.

4. PARA ALÉM DO FORMALISMO: CRITÉRIOS MATERIAIS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

À luz do marco constitucional e das limitações evidenciadas na prática de controle, esta seção dedica-se a delinear critérios materiais capazes de orientar a atuação ministerial com maior densidade normativa e coerência institucional, preservando seus limites funcionais e qualificando o exame das decisões administrativas no campo cultural.

4.1. JUSTIFICABILIDADE PÚBLICA E PROPORCIONALIDADE: A MOTIVAÇÃO COMO EIXO DE INTEGRIDADE

A justificabilidade pública não se confunde com impressões morais difusas nem com avaliações subjetivas sobre a conveniência política de determinado evento. Trata-se de exigência inerente a decisões estatais que mobilizam recursos significativos e produzem efeitos financeiros e simbólicos relevantes. Nessas hipóteses, a fundamentação deve apoiar-se em razões controláveis, coerentes com o sistema constitucional de direitos e abertas ao escrutínio social. No âmbito das políticas públicas, a decisão administrativa integra um arranjo que articula finalidades, instrumentos, governança e responsabilidades; é nesse conjunto que se aferem sua consistência e legitimidade (BUCCI, 2013).

Quando o Estado direciona recursos escassos para contratações artísticas de alto custo, a motivação qualificada não constitui opção política, mas decorrência do regime constitucional e administrativo. A fundamentação insuficiente fragiliza a escolha pública, favorece a personalização do gasto e dificulta o controle. Nesses contextos, a intervenção tende a assumir caráter binário, limitada à alternativa entre manutenção ou invalidação do ato.

A exposição clara das razões públicas que fundamentam a decisão, longe de restringir a atuação do controle, amplia o conjunto de respostas institucionais disponíveis. Uma motivação consistente permite que o controle atue de modo proporcional, viabilizando ajustes como revisão de valores, redefinição do objeto, estabelecimento de contrapartidas ou reforço da transparência. Nessa lógica, a intervenção deixa de se orientar pela simples invalidação do ato e passa a concentrar-se no aprimoramento da própria política pública.

É nesse ponto que a proporcionalidade opera como técnica de racionalização. A decisão administrativa deve ser examinada quanto à adequação do meio à finalidade cultural invocada, à existência de alternativas menos onerosas igualmente aptas a promover acesso e fruição e à proporcionalidade em sentido estrito, considerada a realidade fiscal do ente federativo e seus compromissos públicos.

A compreensão da cultura como dimensão de cidadania oferece parâmetro material adicional. Chauí destaca que cultura envolve pertencimento, participação e reconhecimento social, não se reduzindo

do a eventos episódicos (CHAUÍ, 2006). Uma política cultural justificável deve demonstrar aptidão para ampliar acesso, fortalecer circuitos locais e conferir continuidade às ações públicas.

De modo convergente, a concepção de desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas, conforme Sen (2010), reforça a exigência de motivação qualificada. A análise não pode se limitar à repercussão imediata ou à visibilidade do evento, mas deve indagar se a medida efetivamente expande as capacidades reais de participação e fruição cultural. Aplicado às contratações de alto custo, esse referencial desloca a atenção do impacto circunstancial para a contribuição efetiva da escolha à consolidação de oportunidades culturais sustentáveis.

Nessa perspectiva, quando orientada por critérios de justificabilidade pública e proporcionalidade, a atuação ministerial assume função estruturante. Ao exigir coerência entre meios e fins e integridade na gestão dos recursos culturais, fortalece-se a responsabilidade administrativa sem suprimir o espaço legítimo de conformação do gestor.

4.2. AED APLICADA À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, ASSIMETRIAS INFORMACIONAIS E INCENTIVOS

A Análise Econômica do Direito fornece instrumentos relevantes para qualificar o controle das contratações artísticas de alto custo ao deslocar o foco da mera conformidade formal para os efeitos que regras e decisões produzem sobre incentivos, comportamentos e alocação de recursos. Partindo das contribuições de Coase acerca dos custos de transação e da estrutura dos mercados (COASE, 1960), desenvolvidas por Posner e Calabresi (POSNER, 2014; CALABRESI, 1978), o processo decisório administrativo passa a ser compreendido como fenômeno condicionado por informação imperfeita, incentivos institucionais e restrições estruturais.

Sob essa ótica, a atuação ministerial deve indagar de que modo a Administração buscou reduzir custos de transação e mitigar assimetrias informacionais, linguagem associada à tradição inaugurada por Coase e desenvolvida por Calabresi na análise de como o direito organiza custos e riscos sob escassez (COASE, 1960; CALABRESI, 1978). Isso envolve verificar a consistência metodológica da justificativa de preços, o registro das tratativas, a consideração de alternativas de formato ou escala, a publicidade dos critérios de escolha e a adoção de transparência ativa apta a viabilizar controle social prévio. A AED não substitui o controle jurídico, mas o qualifica ao incorporar a análise dos incentivos que moldam o comportamento administrativo.

A contribuição de Ostrom reforça essa perspectiva ao demonstrar que arranjos institucionais estruturados reduzem oportunismos e estabilizam expectativas, uma vez que normas claras e mecanismos eficazes de monitoramento elevam o custo esperado do comportamento desviante e tornam a cooperação racional (OSTROM, 1990). No campo cultural, governança consistente deixa de ser formalidade e passa a constituir condição de previsibilidade e *accountability* em decisões de alto custo.

Também a intervenção de controle produz incentivos e externalidades que precisam ser considerados. Cancelamentos abruptos podem gerar perdas econômicas locais, afetar cadeias produtivas e desestimular iniciativas futuras. Esses custos institucionais integram a equação decisória do controle; ignorá-los pode instaurar ambiente de insegurança sistêmica, no qual a política cultural se torna excessivamente arriscada, com impactos negativos no médio e longo prazo.

4.3. A ATUAÇÃO PREVENTIVA E ESTRUTURANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO À LUZ DAS DIRETRIZES DO CNMP E DA ESPECIFICIDADE DAS POLÍTICAS CULTURAIS

A realização de um evento pode ampliar acesso e inclusão simbólica; sua suspensão pode resguardar o erário e prevenir ilegalidades. Em qualquer hipótese, distribuem-se perdas e ganhos socialmente sensíveis, o que afasta soluções simplificadoras.

No exercício de suas atribuições constitucionais, o Ministério Público não atua como órgão de controle contábil, função própria dos Tribunais de Contas, mas como garantidor da juridicidade do processo decisório. Sua intervenção incide sobre a probidade da escolha administrativa e sobre a conformidade do procedimento com os deveres constitucionais e legais que vinculam o gestor, sem substituir o juízo de conveniência.

A atuação adquire dimensão estruturante quando as irregularidades não são episódicas, mas revelam padrões de motivação deficiente, ausência de planejamento ou fragilidade de governança. Nesses casos, a intervenção não se esgota na impugnação do ato isolado, mas se orienta à indução de aperfeiçoamentos institucionais voltados à superação das causas sistêmicas das desconformidades. A exigência de critérios estáveis, transparência ativa, planejamento consistente e canais de participação não configura ingerência no conteúdo da política cultural; ao contrário, contribui para o fortalecimento da integridade administrativa e da qualidade do processo decisório.

As diretrizes do Conselho Nacional do Ministério Público reforçam essa orientação. A Recomendação de Caráter Geral n.º 05/2025, ao tratar de problemas e processos estruturais, destaca a necessidade de postura resolutiva e cooperativa, voltada ao aprimoramento institucional e à superação das causas estruturais das controvérsias. A atuação não se exaure na invalidação de atos irregulares, mas alcança as condições que tornam o sistema decisório vulnerável à opacidade e à ausência de critérios verificáveis.

No campo cultural, as controvérsias decorrem, em regra, menos de vícios formais isolados e mais de insuficiências estruturais, como inexistência de planejamento consistente ou fragilidade de governança e participação social. Tais disfunções não se resolvem por respostas repressivas episódicas.

A atuação estruturante deve orientar-se à exigência de parâmetros mínimos de governança e coerência normativa, preservando a autonomia administrativa quanto ao conteúdo das escolhas. Instrumentos extrajudiciais, como recomendações fundamentadas, estudos técnicos e construção de soluções consensuais, mostram-se particularmente adequados quando os problemas são sistêmicos. A judicialização permanece legítima diante de ilegalidades relevantes ou risco concreto ao patrimônio público, mas deve, sempre que possível, ser precedida de tentativa de qualificação institucional.

Com isso, ao concentrar-se na juridicidade do processo decisório e na integridade das escolhas administrativas, com ênfase em transparência, planejamento e governança, a instituição promove simultaneamente a defesa da probidade e a efetividade dos direitos culturais, superando respostas episódicas e reafirmando sua função constitucional.

5. CONCLUSÕES

O estudo examinou a atuação do Ministério Público na fiscalização de contratações culturais de elevado custo, situando-a no contexto das escolhas públicas em cenários de escassez. A investigação partiu da indagação sobre como a fiscalização dos gastos culturais pode ser reestruturada para superar um padrão predominantemente reativo e assumir feição preventiva, resolutiva e estrutural, capaz de compatibilizar a tutela do patrimônio público com a efetividade do direito fundamental à cultura.

À luz do referencial jurídico-constitucional e econômico mobilizado, demonstrou-se que o controle repressivo, embora legítimo diante de ilegalidades concretas, revela-se insuficiente quando desvinculado de critérios materiais de justificabilidade pública, de análise dos incentivos institucionais e de consideração das externalidades produzidas pela própria intervenção. Nessas circunstâncias, o controle corre o risco de se apoiar em narrativas genéricas de escassez, o que esvazia o exame da juridicidade e acaba por reforçar, ainda que de modo indireto, a percepção da cultura como direito secundário e residual.

A articulação entre a dogmática constitucional do direito à cultura, a Análise Econômica do Direito e a Teoria das Escolhas Trágicas permitiu construir uma matriz analítica capaz de superar a dicotomia entre a legalidade meramente formal e juízos morais abstratos sobre prioridade orçamentária. Ao incorporar categorias como custos de transação, incentivos e proporcionalidade, o estudo demonstrou que o controle não deve se limitar à verificação da despesa, mas deve incidir sobre a racionalidade da decisão administrativa, a consistência de sua motivação e sua conformidade com o regime constitucional que estrutura as políticas culturais.

Nesse sentido, a atuação preventiva e estruturante apresenta-se não como alternativa benevolente ao controle repressivo, mas como exigência institucional decorrente do próprio desenho constitucional do Ministério Público. Ao intervir sobre padrões decisórios, induzir planejamento mínimo, exigir

transparência ativa, qualificar a motivação e fortalecer a governança cultural, a instituição exerce, de modo mais pleno, sua função de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, evitando que a escassez orçamentária seja convertida em uma hierarquização automática de direitos fundamentais.

Um controle orientado por critérios materiais de justificabilidade, proporcionalidade e integridade decisória não fragiliza a tutela do erário; pelo contrário, a qualifica, na medida em que ultrapassa a fiscalização meramente formal da despesa e se volta ao aperfeiçoamento dos arranjos institucionais da política pública cultural.

Ao assim proceder, o Ministério Público assume feição resolutiva e estruturante, pois exige que as escolhas administrativas se orientem com maior racionalidade, transparência e coerência, conformando sua intervenção aos parâmetros constitucionais que asseguram, simultaneamente, a proteção do patrimônio público e a efetividade do direito fundamental à cultura.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria do direito administrativo e das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural: o direito à cultura**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1–44, 1960.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. (org.). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília, DF: Ipea, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ipea.gov.br/server/api/core/bitstreams/d202e434-1308-49a7-b586-8efdb3011a8c/content>>. Acesso em: 2 fev. 2026.

FURTADO, Celso. **Cultura e desenvolvimento em época de crise**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th Edition. New York: Wolters Kluwer, 2014.

OSTROM, Elinor. **Governing the commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia do Bolso, 2010.

SOBRE O AUTOR

José Augusto Cutrim Gomes: Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR/SVT). Mestre em Cultura e Sociedade pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). MBA em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Gestão Social: Políticas Públicas, Redes e Defesas de Direitos, pela Faculdade UNYLEYA. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade UNICEUMA. Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário UNDB. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Membro associado da IAP (*International Association of Prosecutors*). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão.

PROFISSIONALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CONSTRUÇÃO DA REPUTAÇÃO PÚBLICA: A SUSTENTAÇÃO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO *COMPLIANCE* PÚBLICO

ADMINISTRATIVE PROFESSIONALIZATION AND THE CONSTRUCTION OF PUBLIC REPUTATION: THE LEGAL INSTITUTIONAL FOUNDATION OF PUBLIC COMPLIANCE

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado

Resumo: O presente artigo investiga em que medida a estabilidade e a profissionalização dos servidores públicos constituem condições estruturais para a efetividade do *compliance* público, especialmente no contexto brasileiro de fortalecimento da agenda de integridade. O problema de pesquisa reside na constatação de que a simples adoção formal de programas de integridade, dissociada de burocracias profissionais, tende a resultar em instrumentos meramente simbólicos, incapazes de mitigar riscos, prevenir desvios e promover responsabilização efetiva. O objetivo central é demonstrar a interdependência entre a existência de um corpo funcional permanente, selecionado por mérito e protegido contra interferências políticas, e o desenvolvimento de programas de *compliance* capazes de reforçar a confiança social e a reputação institucional do Estado. Metodologicamente, adota-se uma pesquisa jurídico social, de natureza qualitativa, baseada no método dedutivo e em abordagem jurídico compreensiva, com análise de referenciais teóricos clássicos da burocracia e da governança pública, bem como do arcabouço normativo brasileiro relativo à integridade e à atuação preventiva do Ministério Público. O estudo examina, ainda, o papel institucional do Ministério Público no fomento aos programas de *compliance*, com destaque para a Resolução CNMP n.º 305/2025. Conclui-se que a estabilidade e a profissionalização dos servidores não configuram privilégios individuais, mas mecanismos essenciais de governança, sem os quais o *compliance* público perde credibilidade, continuidade e efetividade, comprometendo a própria consolidação da integridade como valor permanente da Administração Pública.

Palavras-chave: Integridade. Concurso Público. Ministério Público.

Abstract: This article investigates the extent to which the stability and professionalization of public servants constitute structural conditions for the effectiveness of public compliance, particularly within the Brazilian context of strengthening integrity policies. The research problem arises from the observation that the mere formal adoption of integrity programs, when dissociated from professional bureaucracies, tends to result in symbolic instruments incapable of mitigating risks, preventing misconduct, or promoting effective accountability. The main objective is to demonstrate the interdependence between the existence of a permanent civil service, selected on the basis of merit and protected against political interference, and the development of compliance programs capable of reinforcing public trust and the institutional

reputation of the State. Methodologically, the study adopts a qualitative legal social research approach, grounded in the deductive method and a juridical interpretive perspective. It draws on classical theoretical frameworks of bureaucracy and public governance, as well as on the Brazilian legal and regulatory framework related to integrity and the preventive role of the Public Prosecutor's Office. The analysis also examines the institutional role of the Public Prosecutor's Office in fostering public compliance programs, with particular emphasis on Resolution No. 305/2025 of the National Council of the Public Prosecutor's Office. The article concludes that the stability and professionalization of public servants do not constitute individual privileges, but rather essential governance mechanisms, without which public compliance loses credibility, continuity, and effectiveness, ultimately undermining the consolidation of integrity as a permanent value of Public Administration.

Keywords: Integrity. Public Service Entrance Examination. Public Prosecutor's Office.

Sumário: 1. Introdução; 2. Referencial teórico: burocracia, autonomia e integridade; 3. *Compliance* público, confiança e reputação institucional; 4. O papel da estabilidade dos servidores no programa de *compliance* público; 5. Ministério Público e o fomento aos programas de *compliance* público; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

As burocracias profissionais, selecionadas por mérito e protegidas contra interferências políticas predatórias, tendem a entregar melhores resultados de controle da corrupção, previsibilidade regulatória e desempenho estatal (WEBER, 2004 [1922]; EVANS, 1995; RAUCH & EVANS, 2000; DAHLSTRÖM, LAPUENTE e TEORELL, 2012; FUKUYAMA, 2013). No Brasil, o concurso público e a estabilidade compõem a arquitetura constitucional de profissionalização da administração (CF/1988, art. 37; Lei n.º 8.112/1990), elemento fundamental para diferenciar políticas de governo da estrutura do Estado.

Nesse contexto, na última década, a agenda contemporânea de integridade estruturou instrumentos normativos e de governança — como a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), seu regulamento (Decreto n.º 11.129/2022) e o Decreto n.º 9.203/2017 — que demandam capacidades estáveis e tecnicamente qualificadas para funcionar (BRASIL, 1988, 1990, 2013, 2017, 2022).

Com base nessas premissas, o presente artigo defende que a construção do *compliance* público (programa de integridade) efetivo está condicionada à participação de servidores estáveis em sua execução, fator essencial para o alcance de seus objetivos, quais sejam, reforçar a confiança e aprimorar a reputação institucional, criando um ambiente de negócios transparente, intolerante a práticas de abusos e desvios de conduta.

Para tanto, adota-se como metodologia a pesquisa jurídico-social, fundada em conceitos teóricos, com a adoção do método dedutivo, por um viés jurídico-compreensivo (interpretativo), de modo qualitativo, com o intuito de diagnosticar a base teórica que fundamenta a necessária interdependência entre a existência de um corpo de servidores permanente e profissionalmente selecionado e a construção de um programa de integridade pública capaz de garantir um atuar ético, com capacidade de mitigar riscos e promover a responsabilização por abusos.

2. REFERENCIAL TEÓRICO: BUROCRACIA, AUTONOMIA E INTEGRIDADE

O Estado desempenha diversas funções: presta serviços, arrecada tributos e implementa políticas públicas. Nesse panorama, há servidores que realizam atividade finalística e outros que são responsáveis por unidades direcionadas ao controle e à fiscalização do trabalho desenvolvido, áreas que, ontologicamente, demandam certo grau de autonomia para serem bem implementadas.

Ao longo da história, as monarquias absolutistas europeias e outras formações políticas pré-modernas, conduziam suas administrações de forma patrimonialista, na qual não há distinção entre o público e o privado. O Estado é concebido como extensão do monarca, e cargos administrativos são distribuídos com base em relações pessoais de lealdade, parentesco ou favor (WEBER, 2004 [1922]).

Na administração patrimonialista, o dirigente trata a máquina estatal como prolongamento de sua casa, e as decisões são tomadas segundo a sua vontade pessoal, sem qualquer apoio em normas gerais (FAORO, 2001). Cargos são tratados como propriedade, e funções administrativas podem ser vendidas, herdadas ou cedidas (ELIAS, 1994). Está ausente qualquer critério impessoal de seleção ou exigência de qualificação técnica. Nesse horizonte, a inconstância das relações pessoais resulta em decisões instáveis e imprevisíveis, o que gera evidente fragilidade institucional (TILLY, 1990).

Esse arranjo limitava a eficiência administrativa, dificultava o controle da corrupção e impedia a consolidação de políticas estáveis. Assim, conforme as sociedades se tornaram mais complexas, emergiu a necessidade de um modelo mais racional e previsível de gestão (EVANS, 1995).

Com a consolidação do Estado moderno e o avanço da racionalização jurídica, surge o modelo burocrático legal, teorizado por Max Weber como a forma organizacional mais eficiente, racional e previsível de administração (WEBER, 2004 [1922]). Esse modelo se apresenta como alternativa superior ao patrimonialismo, oferecendo impessoalidade e padronização de condutas administrativas.

A burocracia weberiana tem como principais características a separação entre o público e o privado; a ação administrativa obedece a critérios objetivos, anteriormente fixados. Firma-se no ideário de adoção de procedimentos legais previamente estabelecidos com rigor, que exigem requisitos objetivos, para viabilizar a prática de atos da administração pública. O trabalho é exercido por critérios técnicos,

especializados, a fim de racionalizar a estrutura organizacional (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018, p. 24). Persegue-se o ideário do burocrata eficaz, cujo trabalho é forjado na impessoalidade, capaz de seguir o princípio do *sine ira ac studio* (sem ira e sem paixão), ou seja, eliminar dos negócios oficiais toda a subjetividade, os elementos pessoais, irracionais e emocionais e assegurar previsibilidade às decisões (WEBER, 1971).

Organiza-se por níveis de autoridade claramente definidos, e o corpo de servidores é formado por meio de uma seleção técnica, frequentemente por concurso público. A permanência do servidor garante a continuidade e a autonomia decisória, fundamentada no direito (racionalidade legal), modelo que contribui para aumentar a capacidade estatal, reduzir conflitos patrimoniais e permitir a consolidação de políticas públicas estáveis, imparciais e eficientes (EVANS, 1995; FUKUYAMA, 2013)¹.

A evolução do Estado moderno, da administração patrimonialista para a burocrática, representa um marco na história da organização política. Enquanto o patrimonialismo se sustentava na personalização do poder e na confusão entre esferas pública e privada, o modelo burocrático introduziu racionalidade, impessoalidade, mérito e estabilidade.

Esses elementos não apenas garantiram maior eficiência estatal, como também constituem os fundamentos contemporâneos de governança, integridade e *compliance* público, cuja efetividade depende diretamente da existência de burocracias profissionais (DAHLSTRÖM, LAPUENTE & TEORELL, 2012; FUKUYAMA, 2013).

Nesse sentido, a reputação organizacional no setor público sugere que a coerência entre regras, competências e entregas gera “capital reputacional” que reduz custos de monitoramento e aumenta a confiança social (CARPENTER, 2010). Em *compliance*, marcos da OCDE ressaltam que a integridade pública requer padrões profissionais, governança baseada em risco e proteção contra retaliações (OCDE, 2017, 2020).

.....

1 A transição entre patrimonialismo e burocracia não se deu de modo abrupto. Diversas sociedades vivenciaram períodos de sobreposição entre práticas tradicionais e estruturas administrativas formais (FAORO, 2001; NUNES, 1997). Em muitos contextos, incluindo o Brasil, elementos patrimonialistas coexistem com burocracias racionais, dando origem a fenômenos como o neopatrimonialismo (EISENSTADT, 1973). Persistem, em diversos países, práticas como: clientelismo, nepotismo, uso político de cargos, personalização das relações administrativas. Esse modelo híbrido revela que a burocracia, embora seja ideal-tipo racional, depende de condições políticas e sociais específicas para se consolidar (EVANS, 1995; FUKUYAMA, 2013). Ainda assim, onde a profissionalização administrativa foi efetivamente implementada, observou-se uma maior capacidade estatal, melhores indicadores de controle da corrupção e maior eficiência na execução de políticas públicas (RAUCH & EVANS, 2000; DAHLSTRÖM, LAPUENTE & TEORELL, 2012).

3. COMPLIANCE PÚBLICO, CONFIANÇA E REPUTAÇÃO INSTITUCIONAL

O termo *compliance*² — usualmente traduzido como cumprimento normativo — constitui um conceito jurídico indeterminado, empregado para designar o dever de agir em conformidade com a legalidade em sentido amplo. Esse dever abrange não apenas a observância das normas civis, penais e administrativas, mas também o respeito às diretrizes internas das organizações, expressas em códigos de ética e políticas institucionais.

A ferramenta de gestão tem base na iniciativa privada, e sua implementação, por vezes, revela-se complexa, seja pelo desconhecimento das normas aplicáveis, pela fragmentação das tarefas dentro das instituições, seja ainda por culturas organizacionais que priorizam a obtenção de vantagens em detrimento da legalidade (MARTÍN, 2018, p. 29). Em linhas gerais, o *compliance* traduz uma forma de autorregulação regulada das pessoas jurídicas — sobretudo aquelas estruturadas como empresas — voltada a prevenir a prática de ilícitos e fortalecer padrões internos de integridade (SILVEIRA; DINIZ, 2015).

O programa de *compliance*, seja em âmbito público ou privado, surge como marco de consolidação dos valores e da identidade das instituições, vinculando os planos de atuação deontológico (ético) e axiológico no desenvolvimento da atividade finalística da organização. Com a imposição de condutas, espera-se a formação de valores identitários (GARCIA, 2020, p. 123-125). Assim, difundem-se padrões de atuação, cuja adoção será objeto de fiscalização e, em caso de inobservância, de consequente responsabilização.

O vocábulo *compliance* tem origem no inglês, derivado do verbo *to comply*, associado às noções de conformidade e observância de deveres normativos. Embora muitas vezes vertido para o português como “integridade”, o conceito não representa propriamente uma novidade no âmbito estatal. Em essência, ele dialoga com práticas já consolidadas da administração pública, cuja atuação está condicionada ao princípio da legalidade estrita e apoiada em instrumentos tradicionais, como códigos de ética, mecanismos de controle interno, canais de denúncia (como ouvidorias), políticas de transparência, atividades de correição, gestão de pessoas e processos de planejamento estratégico e orçamentário (BARRETO, 2019, p. 75).

Apesar dessa raiz estrutural, a articulação coordenada desses elementos — com fluxos bem definidos, comunicação aprimorada e maior integração entre unidades — possui o mérito de colocar a integridade no centro da agenda administrativa. Ao conferir visibilidade ao tema, cria-se espaço institu-

2 O termo *compliance* deriva do verbo inglês *to comply*, que, ao ser traduzido para o português, remete às ideias de cumprimento e conformidade, representando, em essência, a observância de normas, as regras e as leis. Trata-se de um conceito abrangente. No entanto, o legislador brasileiro, ao elaborar o artigo 41 do Decreto Federal n. 8.420/2015, optou por empregar a expressão integridade em lugar de *compliance*, termo que possui significado mais restrito no contexto normativo nacional. Para fins de clareza e fluidez textual, contudo, após essa distinção inicial, ambos os vocábulos serão utilizados como equivalentes.

cional para seu debate contínuo e para o aperfeiçoamento das medidas de prevenção. A resposta estatal, assim, deixa de ser predominantemente reativa, orientada apenas para a punição de desvios, e passa a incorporar abordagens preventivas, baseadas na identificação de riscos e na implementação de medidas de mitigação.

No setor privado, programas de *compliance* têm como principais objetivos resguardar a reputação corporativa, reduzir a exposição a sanções decorrentes de ilícitos e proteger o ambiente concorrencial contra práticas de criminalidade econômica. Já na esfera pública, a finalidade é mais ampla e está vinculada à integridade institucional: prevenir condutas desviantes, fortalecer a confiança social e promover a credibilidade das instituições estatais.

Por isso, a simples transposição de modelos corporativos para o setor público não se revela adequada, dada a natureza distinta dos ambientes institucionais. Ainda assim, é desejável que a conformidade normativa seja um valor compartilhado por ambos os setores. No âmbito estatal, isso implica priorizar a contratação de pessoas jurídicas comprometidas com padrões éticos elevados, além de desenvolver instrumentos capazes de identificar vulnerabilidades, gerir riscos e assegurar a responsabilização eficaz diante de eventuais irregularidades, procedimento que melhor será desenvolvido se contar com servidores estáveis, cuja autonomia seja objetivamente garantida.

De fato, há evidente dificuldade na concepção de um programa de *compliance* público que não seja conduzido por profissionais estáveis. A segurança da manutenção do cargo, a despeito de não atender aos interesses de chefias transitórias, constitui elemento essencial para a credibilidade e eficiência da ferramenta de gestão.

O desenvolvimento do trabalho por um corpo estável de servidores tende a mitigar a possibilidade de capturas, abre espaço para a não tolerância a incentivos a desvios e abusos e possibilita que o ciclo de fiscalização e consequente responsabilização seja realmente concretizado, elemento essencial para demonstrar a seriedade do trabalho desenvolvido e, assim, fortalecer a confiança e a reputação institucional.

Ademais, a seleção de profissionais com base no mérito e na competência técnica favorece a atuação fundada em habilidades analíticas e conhecimento normativo, pré condições para mapear riscos, desenhar controles e implementar sanções proporcionais no âmbito da Lei n.º 12.846/2013 e dos programas de integridade (BRASIL, 2013; OCDE, 2017).

A estabilidade cria continuidade institucional, reduz a rotatividade e preserva a memória organizacional, fatores essenciais para o controle interno, para a realização de auditorias e para a melhora contínua nos marcos de governança. Processos seletivos rígidos e objetivos sinalizam o compromisso com imparcialidade, legalidade, aumentando a confiança que o cidadão deposita no poder público, ativo que facilita a cooperação e a conformidade de terceiros (CARPENTER, 2010; DAHLSTRÖM, LAPUENTE & TEORELL, 2012).

4. O PAPEL DA ESTABILIDADE DOS SERVIDORES NO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* PÚBLICO

A Administração Pública deve pautar-se em parâmetros sólidos que demonstrem compromisso com um atuar jurídico-normativo adequado, sobretudo porque sua ação está determinada pela observância do princípio da legalidade restrita. Desse modo, compete à governança institucional tornar esse compromisso mais explícito ao estabelecer padrões deontológicos em suas normas internas, ao firmar com objetividade competências, definir obrigações dos colaboradores, indicar padrões comportamentais, influenciados diretamente pelos valores tidos como relevantes (planos axiológicos), consolidados, preferencialmente, em protocolos e código de ética.

Para bem desempenhar essa função, em especial quando decide construir um programa de *compliance*, a Administração Pública precisa atuar um corpo de servidores estáveis, por mais que a estrutura inicialmente desenvolvida utilize o conhecimento especializado de consultores.

De fato, a estabilidade, nos termos da CF/1988 e da Lei n.º 8.112/1990, não é um privilégio individual, mas um mecanismo de governança que protege a função pública contra pressões indevidas, mantendo disciplina e responsabilização por meio de PADs, avaliações e sanções (BRASIL, 1988, 1990). Essa proteção permite a atuação de unidades de integridade, corregedorias e comissões de licitação com maior independência, condição necessária à gestão de riscos, à apuração e à aplicação de medidas de remediação, inclusive nos parâmetros do Decreto n.º 11.129/2022 (BRASIL, 2022; OCDE, 2017).

Além disso, a estabilidade amplia a disposição de “falar com segurança” (*speak-up*) — sobretudo se combinada com mecanismos de proteção a denunciante e canais confiáveis — diminuindo a subnotificação de irregularidades (OCDE, 2020; BRASIL, 2017).

Importante destacar que concursos avaliam não apenas conhecimento normativo, mas também competências analíticas, integridade, conflitos de interesse e aderência a valores públicos, e tendem a selecionar perfis mais alinhados a funções de controle e integridade (DAHLSTRÖM, LAPUENTE & TEORELL, 2012; OCDE 2017). A adoção de bancos de questões auditáveis, transparência nas etapas, comissões independentes e critérios objetivos reforça a credibilidade do processo, fortalecendo a reputação organizacional desde a origem do vínculo (CARPENTER, 2010; OCDE, 2020).

Ao longo do ciclo de carreira, o investimento em desenvolvimento contínuo (capacitações em gestão de riscos, compras públicas e ética) transforma o mérito aferido no ingresso em competência sustentada, em linha com as exigências de governança e de integridade da administração (BRASIL, 2017, 2021).

Note-se que o artigo 37 da Constituição da República estabelece os princípios da administração (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e condiciona o provimento de cargos a concurso (BRASIL, 1988). A Lei federal n.º 8.112/1990 disciplina o regime jurídico dos servidores, com mecanismos de avaliação e responsabilização compatíveis com a estabilidade (BRASIL, 1990).

A Lei n.º 12.846/2013 e o Decreto n.º 11.129/2022 estruturam programas de integridade e responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, demandando capacidades internas de prevenção, detecção e remediação (BRASIL, 2013, 2022). O Decreto n.º 9.203/2017 define governança no setor público, incluindo gestão de riscos, integridade, controles internos e prestação de contas (BRASIL, 2017). A Lei n.º 14.133/2021 reconfigura compras e contratos, exigindo planejamento, segregação de funções e controle, o que pressupõe equipe estável e qualificada (BRASIL, 2021; OCDE, 2017).

Essa convergência normativa pressupõe burocracias profissionais. Sem estabilidade e sem meritocracia no ingresso, torna-se mais provável a rotatividade oportunista e a captura de processos críticos (EVANS, 1995; DAHLSTRÖM, LAPUENTE & TEORELL, 2012).

5. MINISTÉRIO PÚBLICO E O FOMENTO AOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* PÚBLICO

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa introduziu novas exigências a serem observadas pelo Ministério Público na tutela do patrimônio público e, simultaneamente, ampliou os instrumentos de atuação disponíveis. Em especial, ao pacificar a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa, a nova disciplina normativa passou a dialogar de forma mais estreita com a Lei Anticorrupção (Lei Federal n.º 12.846/2013) e com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021), reforçando o estímulo à estruturação de programas de integridade na Administração Pública.

Esse movimento normativo sinaliza, de modo inequívoco, a necessidade de adoção de práticas de gestão capazes de fortalecer a governança institucional, aprimorar a gestão de riscos e promover a efetiva responsabilização por desvios de conduta.

Atento à questão, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução n.º 305/2025, a qual se insere no movimento contemporâneo de fortalecimento da atuação preventiva do Ministério Público na defesa da probidade administrativa, ao estabelecer diretrizes voltadas à promoção da cultura da integridade e ao incentivo à implantação e ao aperfeiçoamento de programas de integridade no âmbito da Administração Pública brasileira (CNMP, 2025). O ato normativo parte do reconhecimento de que a probidade, a boa governança e a ética administrativa constituem direitos difusos da sociedade e integram um sistema mais amplo de integridade pública, cuja tutela incumbe constitucionalmente ao Ministério Público (CNMP, 2025).

O ato normativo adota uma perspectiva que supera o modelo exclusivamente repressivo e demandista, ao valorizar instrumentos preventivos, extrajudiciais e estruturantes, alinhados às recomendações internacionais de combate à corrupção e às evidências empíricas que demonstram a baixa capilaridade dos programas de integridade nos entes federativos, especialmente nos municípios brasileiros

(CNMP, 2025). Nesse sentido, o fomento à integridade é compreendido como estratégia essencial para a redução de riscos, a prevenção de danos ao patrimônio público e o fortalecimento dos controles internos da Administração.

Entre seus eixos centrais, a Resolução estabelece objetivos claros para a atuação ministerial no incentivo aos programas de integridade, tais como a construção de uma cultura institucional orientada por padrões éticos elevados, o fortalecimento da governança pública, a gestão de riscos, a autonomia do controle interno, a ampliação da transparência, a promoção da responsabilização de agentes públicos e privados e o estímulo à capacitação contínua dos agentes públicos (CNMP, 2025). Esses desideratos pressupõem estruturas administrativas minimamente estáveis, capazes de assegurar continuidade, especialização técnica e independência funcional na implementação das medidas de integridade.

O texto normativo também define parâmetros essenciais para a efetividade dos programas de integridade, destacando o comprometimento da alta administração, a adoção de códigos de ética e padrões de conduta aplicáveis a todos os agentes públicos, a existência de instância interna responsável pelo programa com independência e estrutura adequadas, a implementação de canais seguros de denúncia com proteção ao denunciante, além do monitoramento contínuo e da aplicação de medidas disciplinares em caso de violações (CNMP, 2025). Tais exigências evidenciam que programas meramente formais, destituídos de efetivo funcionamento nas rotinas administrativas, carecem de eficácia jurídica e institucional.

De especial relevo para a temática da profissionalização do serviço público, a Resolução inclui, entre os parâmetros de integridade, a realização de diligências baseadas em risco relacionadas a concursos públicos, processos seletivos, contratações e gestão de pessoas, reconhecendo implicitamente que a integridade institucional está diretamente associada à forma de ingresso e à qualificação do corpo funcional da Administração (CNMP, 2025). Ademais, ao exigir a criação de instâncias internas independentes e a adoção de controles internos robustos, o ato normativo pressupõe a atuação de servidores concursados e estáveis, aptos a desempenhar suas funções com autonomia técnica e proteção contra pressões indevidas.

A imprescindibilidade da participação de um corpo de servidores estáveis na estruturação e no desenvolvimento dos programas de integridade revela-se ainda mais evidente nas disposições relativas ao diagnóstico, à negociação e à implementação da ferramenta de gestão. Nessa órbita de ideias, a Resolução ressalta a importância de o Ministério Público acompanhar o funcionamento efetivo desses programas, estimular sua adequação e acompanhar sua execução, inclusive por meio de acordos de não persecução cível que contemplem cláusulas específicas de integridade (CNMP, 2025).

A concretização dessas medidas demanda, por parte da Administração Pública, equipes permanentes, com memória institucional, conhecimento normativo e capacidade técnica para gerir riscos, apurar irregularidades e assegurar a responsabilização, o que está diretamente relacionado à autonomia e à segurança que a estabilidade proporciona.

Por fim, ao prever a capacitação contínua de membros, servidores e colaboradores do Ministério Público, bem como o alinhamento dos planejamentos estratégicos das instituições ao conteúdo da Resolução, o CNMP reforça a compreensão de que a integridade não se consolida por atos isolados, mas por meio de políticas públicas estruturadas e sustentadas ao longo do tempo (CNMP, 2025).

Nesse contexto, a estabilidade e a profissionalização dos servidores públicos emergem como condições estruturais para o êxito do trabalho de fomento aos programas de *compliance*, garantindo que a atuação preventiva, a governança e o controle não se submetam a descontinuidades políticas ou a arranjos personalistas, mas se firmem como práticas institucionais permanentes.

6. CONCLUSÃO

A análise empreendida ao longo deste trabalho evidencia que o desenvolvimento de um *compliance* público efetivo não pode ser compreendido como resultado exclusivo da edição de normas ou da adoção formal de instrumentos de gestão. Ao contrário, sua concretização depende de condições institucionais mais profundas, notadamente da existência de burocracias profissionais, estruturadas por mérito, estabilidade funcional e autonomia técnica dos servidores responsáveis por sua implementação, monitoramento e aperfeiçoamento contínuo.

O percurso teórico demonstrou que a superação do modelo patrimonialista e a consolidação da administração burocrática representaram marcos fundamentais para a construção do Estado moderno, ao introduzirem impessoalidade, racionalidade legal, previsibilidade decisória e separação entre as esferas pública e privada. Esses atributos, longe de se esgotarem em um ideal histórico, constituem hoje os pressupostos estruturantes das agendas contemporâneas de governança, integridade e *compliance* no setor público. A literatura especializada é consistente ao indicar que apenas burocracias profissionais são capazes de reduzir riscos de captura, mitigar práticas corruptivas e assegurar a continuidade e a credibilidade das políticas públicas.

No contexto brasileiro, o desenho constitucional que vincula o provimento de cargos ao concurso público e assegura a estabilidade funcional revela-se coerente com as exigências normativas recentes em matéria de integridade. Leis e decretos que estruturam programas de *compliance*, gestão de riscos, governança e contratações públicas pressupõem capacidades técnicas, memória institucional e independência decisória que não se sustentam em ambientes marcados por rotatividade oportunista ou por vínculos precários. A estabilidade, nesse sentido, não se apresenta como privilégio individual, mas como instrumento de proteção da função pública, indispensável para que unidades de controle, integridade, auditoria e correição atuem com efetividade e sem submissão a pressões circunstanciais.

O estudo também evidenciou que programas de *compliance* público diferem substancialmente de seus equivalentes no setor privado, não sendo adequada sua mera transposição. Enquanto, no ambiente corporativo, a integridade está fortemente associada à preservação da reputação empresarial e à mitigação de riscos econômicos, no setor público ela se vincula à realização do interesse público, à confiança social e à legitimidade das instituições estatais. Essas finalidades ampliadas reforçam a necessidade de que a ferramenta seja conduzida por servidores concursados, qualificados e protegidos institucionalmente, capazes de atuar com imparcialidade, rigor técnico e compromisso ético.

Nesse cenário, destaca-se de forma especial o papel do Ministério Público no fomento aos programas de *compliance* público. Com a reforma da Lei de Improbidade Administrativa e, sobretudo, com a edição da Resolução CNMP n.º 305/2025, a instituição assume protagonismo na promoção de uma atuação preventiva e estruturante, superando o modelo exclusivamente repressivo.

Assim, ao incentivar a implantação e o aperfeiçoamento de programas de integridade, acompanhar seu funcionamento efetivo e incorporar cláusulas de integridade em instrumentos negociais, o Ministério Público contribui para a consolidação de uma cultura institucional orientada à prevenção de riscos, à boa governança e à responsabilização qualificada.

Todavia, como demonstrado, esse trabalho de fomento somente alcança resultados consistentes quando encontra, na Administração Pública, corpos funcionais permanentes dotados de autonomia técnica, conhecimento normativo e compromisso institucional. A efetividade das diretrizes estabelecidas pelo CNMP depende diretamente da capacidade dos entes públicos de estruturar instâncias internas independentes, manter controles internos robustos, assegurar canais de denúncia confiáveis e promover o monitoramento contínuo dos programas de integridade — tarefas que exigem continuidade administrativa e segurança funcional.

Conclui-se, assim, que a estabilidade e a profissionalização dos servidores públicos constituem condições estruturais indispensáveis para o êxito do *compliance* público e para o próprio sucesso da atuação ministerial em seu fomento. Sem essas bases, os programas de integridade tendem a se reduzir a iniciativas formais e episódicas, vulneráveis à descontinuidade política e à captura institucional. Ao contrário, quando ancorados em burocracias profissionais, tornam-se instrumentos efetivos de transformação organizacional, capazes de fortalecer a confiança social, aprimorar a reputação institucional e consolidar a integridade como valor permanente da Administração Pública e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Matheus; CASEMIRO, Mariana Mattos. Desafios de integridade e *compliance* na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD DINIZ, Eduardo (org.). **Legitimidade e efetividade dos programas de *compliance***. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 219 247.

ALVES, Rogério Pacheco. **O DNA kantiano dos direitos humanos e sua crítica a partir da filosofia imanente de Spinoza**. Rio de Janeiro: PUC Rio, Departamento de Direito, 2015.

BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Análise dos programas de integridade no setor público brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/19343?locale=pt_BR>. Acesso em: 1º mar. 2025.

BOURGON, Jocelyne. Finalidade pública, autoridade governamental e poder coletivo. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 60, n.º 1, p. 7 26, 2009. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/36/34>>. Acesso em: 30 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 12 dez. 1990.

BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 2 ago. 2013.

BRASIL. Decreto n.º 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 23 nov. 2017.

BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 1º mar. 2025.

BRASIL. Decreto n.º 11.129, de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846/2013. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 12 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. Instrução Normativa SEGES/ME n.º 65, de 7 de julho de 2021. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 8 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seges/-me-n-65-de-7-de-julho-de-2021-330673635>>. Acesso em: 1º mar. 2025.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília, DF: ENAP; São Paulo: Editora 34, 1998.

BRUHNS, Hinnerk. O conceito de patrimonialismo e suas interpretações contemporâneas. **Revista Estudos Políticos**, Niterói, n.º 17, p. 70 96, 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/38619/22143>. Acesso em: 1º mar. 2025.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 46, n.º 1, p. 153 193, 2003. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/dados/a/Kg8PPsPjsvMMPg5zBZWrsmk/>>. Acesso em: 2 mar. 2025.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo. **Cadernos de Inovação em Ciência Política**, Recife, v. 5, n.º 1, 2019. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em: 2 mar. 2025.

CARPENTER, Daniel P. **Reputation and power**: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA. Princeton: Princeton University Press, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução n.º 305, de 11 de fevereiro de 2025**. Institui diretrizes para o incentivo à implantação de Programas de Integridade na Administração Pública. Brasília, DF: CNMP, 2025.

CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues da. A utilização da gestão de riscos nos contratos públicos como instrumento de prevenção à corrupção. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DAHLSTRÖM, Carl; LAPUENTE, Victor; TEORELL, Jan. The merit of meritocratization. **Political Research Quarterly**, v. 65, n.º 3, p. 656 668, 2012.

EVANS, Peter. **Embedded autonomy**: states and industrial transformation. Princeton: Princeton University Press, 1995.

FUKUYAMA, Francis. What is governance? **Governance**, v. 26, n.º 3, p. 347 368, 2013.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção**: combate transnacional, *compliance* e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

MARTÍN, Adán Nieto et al. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MOURÃO, Rafael Pacheco. Celso Furtado e a questão do patrimonialismo no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, São Carlos, v. 28, n.º 1, 2019. Disponível em: <<https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/428>>. Acesso em: 1º mar. 2025.

NEVES, Edson Alvisi. **Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil**: o Tribunal do Comércio. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Principles of corporate governance**. Paris: OECD, 1999.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **OECD Recommendation on Public Integrity**. Paris: OECD Publishing, 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Public integrity handbook**. Paris: OECD Publishing, 2020.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**. Brasília, DF: MH Comunicação, 1994.

OSBORNE, Stephen. The new public governance. **Public Management Review**, v. 8, n.º 3, p. 377 387, 2006. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14719030600853022>>. Acesso em: 1º mar. 2025.

PAES, Emiliano Rodrigues Brunet Depolli. **Reforma do Estado no governo Fernando Henrique Cardoso (1995 2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RAUCH, James E.; EVANS, Peter. Bureaucratic structure and bureaucratic performance. **Journal of Public Economics**, v. 75, n.º 1, p. 49 71, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVESTRE, Hugo Consciência. **A (nova) governança pública**. Brasília, DF: ENAP, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A criminologia empresarial. In: PANOEIRO, José Maria et al. (org.). **Criminalidade econômica e empresarial**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

VALDÉS, Luciana Asper Y. A cultura da integridade como alicerce da sustentabilidade econômica do Brasil. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora UnB, 1999.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SOBRE A AUTORA

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado: Doutora em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora da Pós-Graduação em Políticas Públicas do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Assessora da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

COMPRAS PÚBLICAS: DAS IRREGULARIDADES NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO E INDÍCIOS DE FRAUDE

PUBLIC PROCUREMENT: IRREGULARITIES IN THE INTERNAL BIDDING PHASE AND EVIDENCE OF FRAUD

Vinícius Ribeiro de Souza

Resumo: Na presente oportunidade, analisam-se as irregularidades específicas na fase interna da licitação que podem caracterizar fraude à licitação. Em específico, aborda-se a problemática da descrição genérica de um item a ser licitado, assim como a sua superestimativa. Ademais, também há a análise da forma presencial da licitação em detrimento da eletrônica e da escassa publicidade do edital e de seus anexos. O estudo se desenvolve por meio da verificação da doutrina e jurisprudência que norteiam a temática, verificando as argumentações a respeito das ilegalidades várias que transparecem em processos licitatórios. Verifica-se, como resultado, que as indigitadas irregularidades, além de anularem o certame licitatório, podem evidenciar indícios de atos ímprobos ou criminosos relativos à frustração do caráter competitivo de uma licitação.

Palavras-chave: Licitação. Objeto genérico. Superestimativa. Anulação. Fraude.

Abstract: *This paper analyzes specific irregularities in the internal phase of bidding processes that may constitute bid rigging. Specifically, it addresses the problem of generic descriptions of items to be bid on, as well as their overestimation. Furthermore, it also analyzes the in-person format of bidding versus electronic bidding and the limited publicity of the tender notice and its annexes. The study develops through a review of the doctrine and jurisprudence that guide the subject, examining arguments regarding the various illegalities that become apparent in bidding processes. The result shows that the aforementioned irregularities, in addition to invalidating the bidding process, may indicate evidence of improper or criminal acts related to frustrating the competitive nature of a bidding process.*

Keywords: *Bidding process. Subject matter. Generic. Overestimation. Annulment. Fraud.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Definição do objeto; 2.1. Do objeto genérico; 2.2. Da superestimativa do objeto licitado; 3. Da forma presencial em detrimento da eletrônica; 4. Da escassa publicidade do edital e seus anexos; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Por sua natureza, o certame licitatório tem por objetivo a competitividade justa entre os participantes. Nesse passo, a construção correta da cadeia de atos administrativos que culminam na publicação do edital licitatório é deveras importante para estabelecer as regras básicas com as quais a concorrência irá se confrontar ao ter acesso aos documentos iniciais e verificar a viabilidade de participar, em condições de igualdade, do processo de escolha do fornecedor de determinado bem da vida ao ente público.

Todavia, em diversas oportunidades, a administração pode, por meio de erro ou fraude de seus servidores, frustrar o caráter competitivo da licitação. E os artifícios fraudulentos podem ocorrer em qualquer fase da licitação, a exemplo da escassa publicidade, do conluio entre servidores e empresários, da falsificação de documentos relativos à habilitação e do jogo de planilha.

Contudo, para um melhor enfoque, este artigo se debruça sobre a fase interna da licitação, em específico quanto à escolha do bem da vida a ser adquirido pela administração, ao seu quantitativo, à forma como ocorrerá o certame, eletrônica ou presencial, bem como à escassa publicidade.

Justifica-se o presente trabalho à medida em que a discussão acadêmica a respeito das irregularidades licitatórias resulta em uma melhor atuação tanto dos órgãos de controle externo e interno quanto dos próprios servidores responsáveis por construir o processo licitatório.

A problematização, de acordo com o destacado nas linhas anteriores, encontra-se na seguinte indagação: quais são as consequências de se licitar um objeto genérico, superestimado em seu quantitativo, de forma presencial e sem a observância das regras de publicidade do edital e de seus anexos?

Para a resolução de tal mister, o presente trabalho tem por objetivo analisar diversos exemplos de licitações eivadas de tais vícios, bem como discutir qual foi o caminho doutrinário e jurisprudencial adotado para o enfrentamento das irregularidades em questão.

Emprega-se a metodologia referente à pesquisa bibliográfica e documental, verificando-se artigos científicos, livros e dissertações referentes à temática, bem como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, principalmente.

A pesquisa aborda como ocorrem as irregularidades, sem esgotar, por óbvio, suas hipóteses, haja vista que há tantos bens da vida a serem licitados quanto a imaginação humana consegue chegar, bem como as suas consequências, e ainda haverá a sugestão de como atuar, em especial de forma preventiva, no labor do Ministério Público.

2. DEFINIÇÃO DO OBJETO

Em que pese não ser levada muito em consideração na literatura, a definição do objeto é uma das tarefas mais importantes e árduas do procedimento preparatório de uma licitação. Além de observar se aquele é de serventia efetiva ao interesse público, o administrador tem o dever de defini-lo de modo a observar o princípio da competitividade.

E isso ocorre quando, ao exteriorizar o que se quer licitar, a administração oferta ao empresariado a possibilidade de ter ciência exata da real intenção na compra pública, bem como se possui o produto que satisfaça o interesse público.

Niebuhr (2020, p. 134) adverte que “a definição mais importante da etapa preparatória da licitação, qualquer que seja a modalidade, diz respeito às especificações técnicas do seu objeto, que também é objeto do futuro contrato que decorre da licitação”.

Conforme o doutrinador acima destacado, a descrição do objeto talvez seja a fase mais delicada da licitação, devendo estar embasada em estudos técnicos prévios sólidos – os estudos preliminares – oriundos de consultas com especialistas a respeito do objeto pretendido (NIEBUHR, 2020, p.134).

O empresário, imbuído do espírito republicano e competitivo, ao ter acesso ao edital da licitação, bem como a termo de referência, realiza diversas reflexões, a saber: a) eu sei o que realmente a administração está querendo licitar?; b) eu tenho um produto que, entre os diversos existentes no mercado, satisfaz o interesse dessa licitação, com as especificações mínimas exigidas?; c) eu sei se há outros produtos semelhantes ou iguais no mercado que também satisfaçam e que fazem parte de competições no mercado privado?; d) eu tenho condições de ofertar esse produto de acordo com o preço de mercado?; e) se eu me comprometer a vender tal produto em grandes volumes, posso reduzir o preço para oferecer a melhor proposta?

A caracterização precisa, completa e adequada do objeto é condição essencial para a validade do processo licitatório, segundo os artigos 14 e 40, inciso I, da antiga Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/1993), bem como o art. 3º, inciso II, da Lei n.º 10.520/2002. A nova lei de compras públicas prescreve, em seu art. 6º, XXIII, “a”, que o termo de referência deve conter a descrição do objeto.

Com base em estudo técnico preliminar, a descrição do objeto, a qual ocorre na fase preparatória, é realizada por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso, de acordo com o artigo 18, inciso II, do mencionado diploma legal. Ou seja, a administração revela a necessidade pública por meio de estudo técnico preliminar e, após, define o objeto no termo de referência ou outro documento equivalente, a depender da natureza do objeto licitado.

Porém, conforme bem denotado por André Luiz Freire, há vagueza nos conceitos legais quanto à tarefa de definir o objeto. Por vezes, há afirmações na novel legislação que dificilmente alguém irá refutar. Por exemplo, o autor traz informações embutidas em diversos artigos, a saber: a) “A descrição do objeto não pode representar violação aos princípios aplicáveis às contratações públicas, nem aos direitos fundamentais”; b) “Não é possível fazer exigências que sejam inadequadas e desnecessárias para atender à necessidade pública visada com o objeto”; c) “Não é possível estabelecer condições que frustrem o caráter competitivo do certame”, (conclusões retiradas dos art. 5º; art. 6º, XXV, XXX; art. 9º, I, “b” e “c”; art. 150; art. 6º, XXV, “c” e “d”; e art. 9º, I, da Lei de Licitações) (FREIRE, 2021).

Não há uma solução apriorística descrita detalhadamente no ordenamento jurídico. Apenas o caso concreto, analisado pelo agente administrativo, irá revelar o limite da discricionariedade. O que a legislação faz, além da jurisprudência – em especial a do Tribunal de Contas da União – é traçar caminhos, mas nada irá substituir o conhecimento do mercado.

A esse respeito, é importante a transcrição da Súmula 177 do Tribunal de Contas da União, a qual se refere à necessidade da definição precisa e suficiente do objeto a ser licitado como pressuposto de igualdade e publicidade do certame:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. (Súmula 177 do Tribunal de Contas da União).

Conforme bem explanado, fazem parte da especificação do objeto, além das suas características fundamentais, as condições de fornecimento, envolvendo aspectos como: local e prazo de entrega, frete, condições de pagamento, periodicidade e lote de pedidos, garantia, treinamento e suporte técnico.^{1, 2}

1 SANTOS, Franklin Brasil; KLEBERSON, Roberto de Souza. **Como combater a corrupção em licitações**: Detecção e Prevenção de Fraudes, 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

2 Um bom norte está no trecho do julgado TCU (Acórdão 2829/2015-Plenário < [264](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*?NUMACORDAO:2829%20ANOACORDAO:2015%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0>”), no qual destaca-se o seguinte trecho do resumo: “Acrescentou que ‘para mitigar tal risco, é indispensável atentar para a lição contida no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, no sentido de que, em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para modelo específico e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado’”. Nesse contexto, ressaltou o relator que, no caso em exame, “o Diretor de Gestão da TI do IFMS logrou êxito em esclarecer que modelos de outros fabricantes teriam sido analisados à época da elaboração do termo de referência para a composição da configuração solicitada, sendo que seis fabricantes teriam condições de atender ao que foi especificado para cada item”.</p></div><div data-bbox=)

2.1. DO OBJETO GENÉRICO

Nesse passo, adentrando nas irregularidades na especificação do objeto a ser licitado, há dois lados da mesma moeda: a descrição genérica do objeto em antagonismo à sua especificação demasiada, a ensejar, em ambos os casos, ao menos, o prejuízo à competitividade da licitação.

Dar-se-á enfoque ao objeto genérico em detrimento da especificação excessiva do item, visto que a doutrina quanto a este último tema é vastíssima, em contraste com a escassez relativa àquele.

Quando da descrição do item a ser licitado, pode ocorrer de o administrador ser impreciso, não expondo características mínimas e essenciais para a esmerada identificação do bem da vida que se quer adquirir, resultando em apresentação genérica do objeto.

Em relação à descrição genérica de um objeto a ser licitado, é acertada a posição de Joel de Menezes Niebuhr ao lecionar as consequências ao erário quando o administrador define de forma ampla demais o objeto a ser licitado, principalmente quanto às propostas díspares que, aliás, serão mais adiante abordadas em um exemplo concreto:

(...) Por outro, ela não pode definir o objeto de maneira excessivamente ampla, haja vista que, nesse caso, além de falecerem critérios objetivos para o julgamento da proposta, a própria consecução do interesse público é posta em um segundo plano, em virtude de a Administração Pública ter admitido propostas díspares, por força do que não soube ou não envidou esforços necessários para delimitar, como devido, qual a utilidade que melhor o contempla. E isso porque, se a Administração Pública descreveu o objeto de modo amplo demais, acaba por aceitar soluções díspares, inclusive as que não satisfazem o interesse público. Assim sendo, supõe-se que ela não soube definir bem o que queria e quais as especificidades que pretendia. Por corolário, conclui-se que descuroou do interesse público, que demanda ser otimizado. (NIEBUHR, 2020, p. 134-135)

No mesmo sentido, o Ministro do Tribunal de Contas da União, Marcos Bemquerer Costa, por ocasião do julgamento do Acórdão n.º 79/2010, Plenário do TCU, adverte que, se a empresa não tem acesso a todos os dados imprescindíveis para a confecção de um orçamento preciso, poderá propor preços baseados em estimativas que, posteriormente, não se mostrarão adequados à realidade do órgão demandante e, diante desse cenário, muitas empresas podem não participar do certame licitatório por tal fato, o que reforça a necessidade de uma boa descrição do objeto em atenção ao princípio da competitividade.

Um empresário atento, quando se depara com um objeto extremamente amplo, a exemplo da administração licitar “caneta” pura e simples, sem especificar o material, as dimensões, o quantitativo e demais elementos essenciais e básicos, logo verifica que não terá condições de ofertar qualquer lance justo nesse certame, evitando participar para poupar tempo, trabalho e custos. Assim, o objeto genérico também pode restringir a competição.

Essas considerações objetivas levam em conta a boa-fé dos que participam ou não da licitação. Abordam, num primeiro momento, o servidor público que, não observando as técnicas necessárias, descreve o objeto a ser licitado de forma ampla demais. Noutro ponto, abordam o empresário de perfil republicano, o qual deixa de participar de uma licitação justamente por não ter como realizar seu planejamento de vendas diante de um objeto genérico.

De qualquer forma, o princípio da competitividade, o qual foi alçado a um imperativo legal e, ao ver deste signatário, é o princípio basilar das licitações, é ferido quando há falta de especificação mínima do objeto. De acordo com Torres, a “competitividade é um instrumento fundamental para reduzir os preços contratados, melhorar a eficiência do processo licitatório e combater a corrupção” (2022, p. 96). Aliás, ainda de acordo com o doutrinador, “a ampla competitividade dificulta acordos escusos, cartelização e conluio entre licitantes” (2022, p. 96).

E, por falar em corrupção, não se deve olvidar que a descrição genérica de um objeto pode ser indício de conluio entre administradores e empresários. Franklin e Kleberson apontam um caso específico de “projeto mágico”, no qual uma licitação se baseia em objeto com especificação genérica, incompleta, podendo caracterizar fraude licitatória:

*Um Projeto Básico deficiente não apenas sujeita o responsável à penalização, mas também leva à anulação de contratos. Isso porque **são nulas as licitações baseadas em projeto incompleto, defeituoso ou obsoleto** (Voto do Acórdão TCU n.º 353/2007-P).*

*E é justamente que acontece nas fraudes do tipo **Projeto Mágico**. Nesse contexto, as licitações se baseiam em **especificações genéricas, incompreensíveis, incompletas, defeituosas, direcionadas, restritivas**. Veja-se um exemplo real: “projeto de fundação de caixa d’água de 40.000 litros”. Essa era toda a especificação numa Carta Convite. Pergunta-chave: como formular uma proposta para esse objeto? A resposta é simples: simulando o processo licitatório. O importante é saber qual seria a verba disponível para pagar o serviço, não quanto custa de fato executá-lo. (2020, p.65)*

Foi nesse caminho que o Tribunal de Contas da União, por ocasião do Acórdão 2166/2022 – Plenário, reconheceu fraude à licitação já na pesquisa de preço de mercado. Além de notar que uma das empresas pesquisadas não possuía como atividade aquela relacionada ao objeto da licitação, possuía quadro societário com vínculo com a empresa vencedora.

No julgado, ficou demonstrado que a pesquisa de preço de mercado foi realizada apenas para cumprir uma mera formalidade e, *na mesma questão, um objeto genérico foi contratado sem atender a qualquer solução específica, deixando ao encargo do empresário ganhador o que, de fato, seria entregue à Administração, revelando um acinte ao interesse público* (Acórdão n.º 2166/2022 – Plenário – TCU).

2.2. DA SUPERESTIMATIVA DO OBJETO LICITADO

Uma outra forma de restringir a competitividade no certame licitatório, além de prever um objeto genérico ou excessivamente específico, é superestimar o quantitativo a ser licitado pela Administração.

No termo de referência, por exemplo, o poder público informa aos interessados que adquirirá, ou possui a expectativa de comprar, a depender da natureza do certame, aquele número de itens previstos.

A nova lei de licitações, em seu artigo 6º, inciso XIII, ao definir termo de referência, estabelece que este, além de conter a definição do objeto, deve prever o seu quantitativo. Ato contínuo, o mesmo diploma legal dispõe que o planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e a determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo, de acordo com o teor do art. 40, III.

No tocante à importância da previsão do quantitativo, segue a doutrina:

A quantidade a ser contratada é informação fundamental para os licitantes. Ocorre que, em razão da economia de escala, a quantidade influi decisivamente no preço. Demais disso, os interessados na licitação precisam avaliar se possuem, ou não, condições operacionais para atender ao quantitativo exigido pela Administração. Trocando-se em miúdos, a quantidade pretendida é informação fundamental para os licitantes, para que eles avaliem se têm, ou não, condições de atender à necessidade da Administração e para que formatem as suas respectivas propostas (NIEBUHR, 2020, p.136).

De certo, no pregão, por meio do sistema auxiliar de registro de preços, não há a obrigatoriedade de a administração pública adquirir o exato quantitativo disposto no termo de referência. Porém, o ente público, quando da abertura do procedimento licitatório, deve, anteriormente, estimar a sua real necessidade de compras, por meio do indigitado estudo preliminar.

Conforme bem acentuado por Franklin e Kleberon, independentemente do bem a ser adquirido ou da natureza do serviço a ser prestado, a entidade deve justificar como estimou a quantidade a ser contratada, baseada em dados empíricos e objetivamente comprovados. Podem ser utilizados relatórios estatísticos de consumo médio, mapas de acompanhamento, memória de cálculo, histórico de consumo, demandas reprimidas, expectativas de alteração na demanda futura, estoque atual e referência técnica³.

Continuam os autores a afirmarem que, “dessa forma, é recomendável que a equipe de planejamento de contratação defina método para estimar as quantidades necessárias e documente a aplicação

3 SANTOS, Franklin Brasil; KLEBERSON, Roberto de Souza. **Como combater a corrupção em licitações**: Detecção e Prevenção de Fraudes, 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

do método no processo de contratação”⁴.

A esse respeito:

Ao superestimar quantitativos no âmbito do sistema de registro de preços, por exemplo, o gestor não observa os princípios da boa-fé e da confiança, uma vez que induz a empresa fornecedora à falsa expectativa de contratação e, ainda, pode frustrar a competitividade do certame, ao inibir a participação de fornecedores capazes de oferecer quantitativos menores do bem a ser adquirido.

(...)

A falta de transparência quanto ao regime efetivo das futuras compras também pode contribuir fortemente para afastar interessados. Imagine participar de um certame para registrar 100.000 cadeiras a serem potencialmente fornecidas ao longo de 12 meses, sem ter qualquer segurança se, de fato, alguma unidade será requisitada, ou se todas as unidades podem ser solicitadas de uma vez. Não há como se preparar para “fornecimentos-surpresa” como esses.⁵

Ao superestimar os objetos que possivelmente seriam adquiridos, não divulgando aos pretendentes a real intenção, pode a administração afastar concorrentes de menor porte, ou mesmo direcionar a licitação. Nessa hipótese, com fundamento nos Acórdãos n.º 845/2017 e n.º 2612/2016, ambos do TCU, é cabível a anulação do contrato, nos termos do art. 7º, §§ 4º e 6º, da Lei n.º 8.666/1993.

Em determinado município do interior do Amazonas, houve pregão presencial para aquisição de material esportivo destinados às demandas da Secretaria Municipal de Juventude Desporto e Lazer. O termo de referência anunciou 200 redes de vôlei de quadra e 1300 bolas de futebol de campo ao todo, sem que houvesse qualquer justificativa embasada em estudo técnico preliminar para os quantitativos. A título de curiosidade, a população estimada para o município é de aproximadamente 54 mil habitantes⁶.

Muitas vezes, o problema da superestimativa surge conjugado com o objeto genérico. Exemplo foi a mencionada licitação de compra de grupo gerador no mesmo município. A par do item com descrição insuficiente, a prefeitura estimou em 86 objetos licitáveis, sem nenhum documento comprobatório da real necessidade. Quando da prestação de informações *a posteriori*, narrou que os grupos geradores iriam suprir as necessidades de comunidades da zona rural, sem especificar quais localidades que seriam beneficiadas. Aliás, não se comprovou nem a necessidade dos objetos nas comunidades.

.....

4 Idem.

5 Idem.

6 Conforme amplamente noticiado, a Polícia Federal deflagrou uma operação “Tira-Dente” para apurar desvio de verbas na saúde, em especial no município de Pedreiras/MA. De acordo com o noticiado, a Prefeitura informou ao Ministério da Saúde que, em 2021, realizou 540 mil extrações dentárias, sendo que o município possui 39 mil habitantes. Ou seja, naquele ano, houve 14 extrações dentárias por morador, o que revela o absurdo espelhado no superestimado quantitativo de serviço. Cf. <<https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2023/03/02/prefeitura-do-ma-manipulava-dados-no-sistema-do-sus-para-aumentar-repasse-de-recursos-federais-diz-pf-e-cgu.ghml>>.

3. DA FORMA PRESENCIAL EM DETRIMENTO DA ELETRÔNICA

Uma outra forma de diminuir a competitividade em processo licitatório é fazer uso, injustificadamente, da forma presencial, em que os interessados devem se fazer presentes, pessoalmente, em determinado local, dia e hora marcados pela administração, com o intuito de apresentarem propostas, em detrimento da forma eletrônica, o que resulta em diminuição da concorrência, desembocando na não oferta de melhores preços, causando, muitas vezes, danos ao erário, sem olvidar o possível conluio entre licitantes.

Após amplo debate na doutrina e jurisprudência, em especial no âmbito do TCU, consolidou-se, na nova lei de licitações, a regra segundo a qual as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Em recentíssimo julgado (**Acórdão n.º 2118/2024-Plenário**, Relator Benjamin Zymler), o TCU fixou o seguinte enunciado atualizado com a nova lei de licitações: “A realização de licitação presencial sem motivação adequada para justificar a não adoção da forma eletrônica, além de afrontar o art. 17, § 2º, da **Lei 14.133/2021**, pode comprometer as competitividade, impessoalidade, igualdade, eficiência, probidade, transparência e celeridade do certame”.

Da mesma forma, diversas justificativas genéricas do uso de licitação presencial também foram rechaçadas pelo TCU, a exemplo do “maior contato” entre administração e concorrente, da “complexidade do objeto”, do risco de inexecução contratual e de problema na internet.

A propósito, na operação “Tira-Dente”, a CGU verificou inadequada pesquisa de preço e pregão conduzido de forma presencial em detrimento da eletrônica, além de superfaturamento.⁷

4. DA ESCASSA PUBLICIDADE DO EDITAL E SEUS ANEXOS

Conforme expressa previsão legal, a publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Ademais, o edital e seus anexos deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

7 Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2023/03/cgu-e-policia-federal-combatem-irregularidades-na-saude-em-pedreiras-ma>>.

Todavia, em diversas situações, é possível verificar que inúmeros órgãos estatais, quando da publicação do aviso de licitação, informam que, para ter acesso ao edital e aos anexos, qualquer interessado é obrigado a comparecer à sede do setor para obter cópia dos documentos, inexistindo qualquer disponibilização no Portal Nacional de Contratações Públicas ou no Portal da Transparência.

Nesses termos, há severo prejuízo à concorrência na licitação, principalmente em cidades do interior do estado, posto que limita o número de interessados somente àqueles que possuem proximidade territorial com a sede do órgão. O empresariado que possui capacidade estrutural para fornecer o bem, mas possui suas instalações a centenas de quilômetros, fica desestimulado a participar do certame, cuja simples ciência das condições mínimas de participação requer esforço logístico hercúleo, aliado ao fato de que a sessão de lances e julgamento também é presencial.

Outrossim, a exigência de comparecimento pessoal até a sede do órgão encarece profundamente o controle social do erário, posto que cidadãos comuns não podem ser compelidos a se identificar para ter acesso a documentos públicos desse tipo, ficando o interessado receoso em buscar informações, quanto mais em cidades pequenas.

O Tribunal de Contas da União considera inaceitável a exigência de comparecimento à sede da Prefeitura para obtenção do edital, ainda mais com fixação de horário, vez que tal circunstância restringe a competitividade (Acórdão n.º 3192/2016 – Plenário).

Assim, ao reprimir o acesso ao edital e aos anexos somente a quem comparece à sede da prefeitura, a administração eiva de vício insanável todo o processo licitatório, visto que, ao agir assim, vai de encontro aos princípios da publicidade, da igualdade e da competitividade.

5. CONCLUSÃO

Perante todo o exposto, é possível depreender que a licitação com objeto genérico, especificado em demasia, com quantitativo superestimado ou realizada de forma presencial, isoladamente, não configura, por si só, fraude ao processo licitatório, mas apenas ilegalidades que geram nulidades processuais, se for o caso. Todavia, um conjunto de irregularidades, a depender de sua gravidade, pode denotar conduta eivada de má-fé, a qual deve ser combatida na seara criminal e da improbidade administrativa.

Precisas são as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, na Ação Penal 470⁸, o qual abordou o tema dos indícios e provas dos delitos em contexto de associação e conluio, a saber:

(...) Isso é especialmente importante em contextos associativos, no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados, nos quais é incomum que se assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato de cometimento do crime. Fato notório, e notoria non egent probatione, todo contexto de associação pressupõe ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas. Neste sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do “paralelismo consciente” para a prática de cartel. Isso porque normalmente não se assina um “contrato de cartel”, basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, v. g., para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico, seria uma conduta irracional economicamente. Portanto, a conclusão pela ilicitude e pela condenação decorre de um conjunto de indícios que apontem que a subida de preços foi fruto de uma conduta concertada.

No mesmo diapasão é a prova dos crimes e infrações no mercado de capitais. São as circunstâncias concretas, mesmo indiciárias, que permitirão a conclusão pela condenação.

No tocante à reunião de indícios, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerente e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação” (REsp n. 130.570/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 6/10/1997).

Em relação às fraudes à licitação,

em geral, um indício isolado não tem força suficiente para caracterizar uma possível fraude. No entanto, um conjunto robusto de indícios (convergentes e concordantes entre si), que permita a formação de juízo de uma operação analisada, tem sido admitido nas esferas administrativa e judiciária como prova indireta. Já

8 Seguem trechos do julgado:

“(…) o Supremo Tribunal Federal possui há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

(…) Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo

(…) Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória”. (PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91)

existe nesse sentido ampla jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como do TCU.⁹

Para o Tribunal de Contas da União, “constitui prova a existência de indícios vários, convergentes e concordantes, o que, sinalizando para a manipulação de procedimento licitatório, autoriza o TCU a declarar a inidoneidade das empresas envolvidas na fraude, assim como multar os gestores públicos responsáveis” (Acórdão 834/2014 – TCU – Plenário).

A caracterização de conluio exige a conjunção de indícios vários e coincidentes que apontem para a ocorrência de fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame (Acórdão 2649/2015 – Plenário).

Ainda nesse ponto, para a configuração de fraude à licitação, é prescindível a existência de sobrepreço, bastando a comprovação de ausência de competição por meio de artifícios escusos (TCU, Acórdão 1262/2007 – Plenário).

Assim, um conjunto de ilegalidades pode levar à conclusão acerca da fraude em determinado processo licitatório em que se constate objeto genérico, superestimado, realizado de forma presencial em detrimento da eletrônica e com escassa publicidade do edital e dos anexos, à medida em que outras irregularidades transpareçam o direcionamento ou a montagem, na medida em que as ilegalidades estudadas neste trabalho dimanam, justamente, da ausência de competitividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 23 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial, Brasília, p. 1, 1º abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 403.575/RJ**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 07/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 130.570/SP**, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 6/10/1997.

.....
⁹ Obra transparente: Métodos de detecção de fraude e corrupção em contratações públicas (disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/>>).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470** – Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 79/2010**, Plenário. Relator Marcos Bemquerer, 27/01/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordaocompleto/*/NUMACORDAO%253A79%2520ANOACORDAO%253A2010%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1078/2017**, Plenário. Relator Marcos Bemquerer Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1078%2520ANOACORDAO%253A2017>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 975/2009**, Plenário. Relator Valmir Canpelo Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 209. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A975%2520ANOACORDAO%253A2009%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2166/2022**, Plenário. Relator Augusto Sherman, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2166%2520ANOACORDAO%253A2022%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula n.º 177**. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 1982. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*/NUMERO%253A177%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2829/2015**, Plenário. Relator Bruno Dantas, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2829%2520ANOACORDAO%253A2015%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1041/2010**, Plenário. Relator Augusto Sherman, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1041%2520ANOACORDAO%253A2010%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 845/2017**, Plenário. Relator Benjamin Zymler, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A845%2520ANOACORDAO%253A2017%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2612/2016**, Plenário. Relator Benjamin Zymler, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2612%2520ANOACORDAO%253A2016%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 845/2017**, Plenário. Relator Benjamin Zymler, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A845%2520ANOACORDAO%253A2017%2520/DTRELEVANCIA%-2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 720/2010**, Plenário. Relator André de Carvalho, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A720%2520ANOACORDAO%253A2010%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 834/2014**, Plenário. Relator André de Carvalho, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A834%2520ANOACORDAO%253A2014%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2668/2009**, Plenário. Relator Augusto Sherman, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2009. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A2668%2520ANOACORDAO%253A2009%2520/score%-2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2118/2024**, Plenário. Relator Benjamin Zymler, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2118%2520ANOACORDAO%253A2024/DTRELEVANCIA%-2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 13 fev. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2649/2015**, Plenário. Relator André de Carvalho, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A2649%2520ANOACORDAO%253A2015%2520/score%-2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/1/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1262/2007**, Plenário. Relator Marcos Bemquerer, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A1262%2520ANOACORDAO%253A2007%2520/score%-2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 3192/2016**, Plenário. Relator Marcos Bemquerer, Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3192%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%-2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 13 fev. 2026.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei n.º 8.666/1993. 18 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FREIRE, André Luiz. Descrição do objeto. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo**: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/522/edicao-2/descricao-do-objeto>>. Acesso em: 23 jun. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8. Ed. Ver., ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 13 ed., ver. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MOURÃO, Carolina Mota; MONTEIRO, Vera. **Procedimento de Manifestação de interesse como instrumento de fomento à inovação**: O Artigo 81 da Lei n.º 14.133, de 2021. Capítulo 6 Título do livro Compras Públicas para Inovação no Brasil: Novas Possibilidades Legais. Organizador André Tortato Rauen Volume. Série - Cidade Brasília Editora Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) Ano 2022 Edição. ISBN 978-65-5635-046-2 DOI <<http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2>>. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11623/8/218187_LV_Compras%20publicas_Cap06.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2024.

SANTOS, Franklin Brasil; KLEBERSON, Roberto de Souza. **Como combater a corrupção em licitações**: Detecção e Prevenção de Fraudes, 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SOBRE O AUTOR

Vinícius Ribeiro de Souza: Mestre em Direito Ambiental. Pós-graduado em Direito Público. Pós-graduado em Licitações e Contratos. Promotor de Justiça do Estado do Amazonas.

A CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS SOB A ÓTICA DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL

THE AUTONOMOUS CRIMINALIZATION OF SELF-LAUNDERING OF CAPITAL FROM THE PERSPECTIVE OF LEGALITY AND PROPORTIONALITY OF STATE CRIMINAL INTERVENTION

Pedro Eularino Teixeira Simão

Resumo: O presente artigo aborda aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos à possibilidade de criminalização autônoma da autolavagem de capitais à luz dos sistemas jurídicos penais contemporâneos. Tendo como ponto de partida o debate de ideias antagônicas sobre o tema, pretende-se demonstrar a legitimidade da punição do autor do crime antecedente pela prática do delito subsequente de lavagem de capitais. Superada essa controvérsia, tenciona-se sugerir ao legislador pátrio a tipificação expressa dessa modalidade específica de crime na legislação brasileira, adotando-se como modelo a previsão legal existente no Código Penal italiano.

Abstract: *This Article addresses doctrinal and jurisprudential aspects relating to the possibility of autonomous criminalization of self-laundering of money in light of contemporary criminal legal systems. Taking as a starting point the debate of antagonistic ideas on the subject, the aim is to demonstrate the legitimacy of punishment the perpetrator of the previous crime for committing the subsequent crime of money laundering. Having overcome this controversy, it is intended to suggest to the national legislator the express classification of this specific type of crime in Brazilian legislation, adopting as a model the legal provision existing in the Italian Penal Code.*

Palavras-chave: Autolavagem de capitais. Autonomia do crime de lavagem de capitais. Legalidade e proporcionalidade da intervenção penal Estatal. Proposição de adoção do modelo contido no Código Penal italiano.

Keywords: *Self-laundering of money. Autonomy from the crime of money laundering. Legality and proportionality of State criminal intervention. Proposal to adopt the model contained in the Italian Penal Code.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Do crime de lavagem de capitais. 3. A controvérsia doutrinária existente sobre a possibilidade de punição autônoma da autolavagem de capitais. 3.1. Da suposta violação ao princípio da legalidade. 3.2. Da inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*. 3.3. Da eventual incidência do princípio da consunção, em virtude do pós-fato impunível. 4. O posicionamento da jurisprudência brasileira a respeito da punição da autolavagem de capitais. 5. A criminaliza-

ção do delito de autolavagem nos sistemas jurídicos penais contemporâneos. 5.1. Estados Unidos. 5.2. França. 5.3. Portugal. 5.4. Espanha. 5.5. Alemanha. 6. A legalidade e a proporcionalidade da intervenção penal estatal como solução do problema da criminalização da autolavagem de capitais na Itália. 7. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Lavagem de Dinheiro, Branqueamento de Capitais, *Blanqueo de Capitales*, *Money Laundering*, *Blanchiment d'argent*, *Geldwäsche* e *Riciclaggio*. Todas essas expressões são sinônimas e utilizadas no mundo contemporâneo para designar o mesmo problema jurídico-econômico global. Para compreendermos o fenômeno da lavagem de capitais de modo a buscar soluções efetivas para o enfrentamento dessa espécie delituosa, é imprescindível analisarmos o tema sob uma perspectiva internacional.

Para se ter ideia da importância do constante desenvolvimento de estratégias de prevenção e combate à lavagem de capitais em nível global, estima-se que o valor total de dinheiro lavado anualmente no mundo está entre 2% e 5% do PIB mundial, ou seja, algo entre US\$ 800 (oitocentos) bilhões e US\$ 2 (dois) trilhões de dólares, de acordo com dados divulgados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).¹

A problemática criminal inerente aos efeitos deletérios na economia internacional, decorrentes da ocultação e/ou dissimulação de bens e valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática de infrações penais, situa-se primordialmente no âmbito do Direito Penal Econômico, afetando não somente os países considerados ricos, como também os pobres. Na Itália, cerca de 100 bilhões de euros são “lavados” anualmente. Em países mais pobres, exemplos expressivos que simbolizam a magnitude da utilização da lavagem de capitais pelas organizações criminosas são Moçambique e Nigéria, onde 47% e 43%, respectivamente, dos negócios lá realizados envolvem dinheiro branqueado.²

Diante desse contexto, a propagação da lavagem de capitais ao redor do mundo é compreensível porque o dinheiro “sujo” escoar para todos os lados, tanto para consumo como para investimentos. Tal fenômeno é facilitado em virtude de dois elementos estreitamente relacionados: por um lado, a crescente globalização dos fluxos de reciclagem do dinheiro “sujo”; por outro, a persistência de fortes segmentações e heterogeneidades existentes na legislação adotada pelos mais diversos países, em que os casos extremos são representados pelos paraísos fiscais e bancários que adotam comportamentos não cooperantes, causando, assim, “buracos” na rede de combate ao branqueamento de capitais. Consequentemente,

1 Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/29-unodc-marca-dia-nacional-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro.html>>. Acesso em: 10 jun. 2024.

2 Disponível em: <<https://www.un.org>>. Acesso em: 12 jun. 2024.

as atividades ilícitas do crime organizado se beneficiam desses dois fatores, por meio da movimentação financeira decorrente dos expressivos valores auferidos com a prática de infrações penais.³

Não é por outro motivo que, a partir do final da década de 1980, foram firmadas diversas convenções internacionais com o firme propósito de intensificação da prevenção e do combate à lavagem de capitais. Nesse sentido, destacam-se a Convenção de Viena de 1988 (Convenção da Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), a Convenção de Palermo de 2000 (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) e a Convenção de Mérida, de 2003 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), todas formalmente incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Obviamente, a referida legislação internacional trouxe resultados positivos no combate ao branqueamento de capitais praticado pelas organizações criminosas, já que a observância simultânea de tais recomendações (*soft Law*) pelos pactuantes culminou no aprimoramento legislativo, que vem se concretizando cada vez mais pela uniformização da normatização interna de cada país celebrante, relativa ao crime de lavagem de dinheiro.⁴

Verifica-se, assim, que a importância da prevenção e do combate à lavagem de dinheiro decorre da necessidade de impedir que práticas criminosas possam comprometer a estabilidade econômico-financeira internacional, facilitando atividades perniciosas que possam degradar as estruturas do próprio Estado Democrático de Direito no âmbito interno dos países afetados pelo cometimento de delitos, prejudicando toda a sociedade. Por essa razão, é evidente a constatação de que o branqueamento de capitais “é uma das formas mais eficazes para criminosos promoverem seus interesses secretos”.⁵

É justamente nesse momento, qual seja, o do uso, da destinação e da fruição dos bens e/ou valores auferidos ilicitamente pelo autor do crime antecedente, que o presente trabalho objetiva adentrar. Trata-se de verificar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro atual com a possibilidade de punição autônoma do delito de “autolavagem” ou “autobranqueamento”.

O crime de “autolavagem” ou “autobranqueamento” nada mais é do que uma modalidade específica de lavagem de capitais, na qual o próprio autor do crime antecedente age com a finalidade de ocultação e/ou dissimulação dos bens, valores e/ou direitos provenientes de infração penal.⁶

3 RAZZANTE, Ranieri. **Manuale de legislazione e prassi dell'antiriciclaggio**. Torino: Giappichelli, 2023. p. 15.

4 PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

5 MATSUDA, Rosemeire Kiyoko. **Money Laundering in Brazil and in the United States**. 2007. p. 8. Disponível em: <<https://www2.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2007/Rosemeire.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2024.

6 Segundo Mendroni, “a autolavagem ocorre quando o próprio agente, que obteve os valores/bens/direitos provenientes de infração penal, age de forma a ocultá-los e/ou dissimulá-los”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**, 4ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2018., p. 92.

Ao longo deste artigo acadêmico, será realizada uma abordagem a respeito da controvérsia doutrinária existente sobre a possibilidade de punição autônoma da autolavagem de capitais, para, posteriormente, mencionar o entendimento jurisprudencial consolidado nos tribunais superiores brasileiros.

Após a superação do debate jurídico de ideias, tenciona-se expor o tratamento conferido à autolavagem de capitais em diversos sistemas jurídicos penais contemporâneos, entre os quais os Estados Unidos, França, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália, para, finalmente, fornecer ao legislador brasileiro uma solução referente à normatização jurídica dessa modalidade específica de lavagem de dinheiro, sob a ótica da legalidade e da proporcionalidade da intervenção penal estatal, por meio da tipificação legal expressa da referida infração penal, de acordo com o modelo adotado no Código Penal italiano.

2. DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Antes de adentrar na divergência de ideias que designa a nomenclatura deste estudo, é imprescindível definir previamente o que se entende como “lavagem de capitais”, para que seja possível expor ao leitor, de forma clara e compreensível, o tema proposto neste artigo, que versa sobre a possibilidade de punição autônoma da “autolavagem” perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O termo “lavagem de dinheiro” foi idealizado no século XX, no final da década de 1920, pelas autoridades norte-americanas, com o intuito de definir um dos métodos utilizados pela máfia italiana para branqueamento de capitais. Um dos artifícios usados por *Alphonse Capone* – líder à época do crime organizado na cidade de Chicago – para justificar a origem dos valores ilícitos decorrentes de suas atividades delituosas era justamente a exploração de uma rede de lavanderias que formavam a empresa de fachada *Sanitary Cleaning Shops*. O referido estabelecimento comercial permitia ao grupo mafioso realizar depósitos bancários de notas de baixo valor, habituais nas vendas de lavanderia, mas que, na realidade, eram decorrentes de atividades criminosas, tais como o comércio clandestino de bebidas alcoólicas, proibido pela Lei Seca vigente à época, a exploração da prostituição, do jogo, a extorsão, entre outros delitos.⁷

Com relação ao crime de lavagem de capitais no ordenamento jurídico brasileiro, há previsão legal no artigo 1º da Lei n.º 9.613/98, que dispõe: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Ressalte-se que, 14 anos após a edição da referida lei, houve uma reforma legislativa engendrada pela Lei n.º 12.683/12, que inseriu na legislação pátria modalidades específicas de lavagem de capitais, incluindo os §§ 1º e 2º no mesmo artigo 1º da Lei n.º 9.613/98, prevendo que:

7 CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 75.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros; e

§ 2º I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

De modo geral, sobre a conceituação do delito de lavagem de dinheiro, a doutrina especializada pondera que o branqueamento de capitais pode ser visualizado por dois ângulos distintos que se complementam. Em sentido amplo, seria o processo de legitimação dos bens de procedência ilegal obtidos à margem do controle e fiscalização da Administração Tributária. Já em sentido estrito, tal crime seria compreendido como o processo de reconversão dos bens de origem delitiva em patrimônio aparentemente lícito.⁸

Por sua vez, uma visão mais didática do referido delito aponta no sentido de que a lavagem de capitais pode ser entendida como o “processo pelo qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos de forma lícita”⁹, consistindo no “movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação e termina com sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto de legalidade”.¹⁰

Em outras palavras, a expressão “lavar dinheiro”, popularmente utilizada no linguajar cotidiano, nada mais é do que o agir de modo livre e consciente com a finalidade de escamoteamento da origem ilícita de bens, valores e/ou direitos provenientes, direta e/ou indiretamente, da prática de infração penal antecedente, de modo a conferir-lhes aparência de legalidade no âmbito da economia local, regional ou global, dificultando, assim, a identificação do dinheiro “sujo” pelos órgãos estatais de controle e fiscalização das atividades econômicas e financeiras.

Essa “aparência de legalidade” ocorre por meio da reinserção dos valores auferidos ilicitamente na economia, de modo a mascarar a sua origem delituosa, impedindo o rastreio e o consequente confisco dos bens e/ou valores pelas autoridades públicas. Diante desse panorama, revela-se óbvio que as

8 MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 249.

9 BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, 4ª edição. Navarra: Aranzandi, 2015, p. 107.

10 Badaró e Bottini conceituam a lavagem de dinheiro como “o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravenacional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”. Trata-se “do movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo”. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 25.

técnicas de colocação de dinheiro “sujo” na economia (*placement*) vêm se ampliando, aperfeiçoando-se e tornando-se cada vez mais complexas.

Por essa razão, para ter êxito na empreitada criminosa, os agentes se utilizam de diversas operações com o fim de ocultação e dissimulação da origem ilícita dos ativos financeiros, buscando o distanciamento progressivo do dinheiro proveniente da infração penal que o originou, culminando na reinserção do capital na economia formal.

Seguindo essa linha de raciocínio, é de suma importância, para compreensão da lavagem de dinheiro, mencionar os ensinamentos de Badaró e Bottini¹¹ quando explicam que o processo de branqueamento de capitais é composto, minimamente, de três fases distintas, que, muito embora sejam dinâmicas e possam se sobrepor – o que torna difícil a identificação no caso concreto –, caracterizam-se pela existência de ocultação, dissimulação e integração dos bens à economia.

A ocultação (*placement*) é a fase inicial da lavagem de dinheiro, podendo ser observada por meio de um movimento financeiro voltado à ocultação do valor auferido de maneira criminosa, distanciando-o de sua origem. Algumas das formas mais comuns de ocultação dos valores pecuniários ilícitos são o seu depósito ou transferência para contas de terceiros, vulgarmente conhecidos como “laranjas”, de maneira fragmentada em pequenas quantias, justamente para não despertar a atenção das autoridades públicas. Tal técnica de lavagem é conhecida como *smurfing* ou *structuring*.

A etapa seguinte do processo de lavagem de capitais é a dissimulação (*layering*), que ocorre de diversas e sucessivas transações com o firme propósito de “apagar o rastro” do dinheiro sujo, contribuindo, assim, para afastar, cada vez mais, os valores de sua origem ilícita. Esse mascaramento da origem dos recursos financeiros também pode decorrer de fraude por meio da utilização de contratos de prestação de serviços sem que haja efetivamente algum serviço realizado, ou até mesmo pela elaboração de notas falsas relativas à compra de bens inexistentes.

Por fim, a fase final da lavagem de dinheiro caracteriza-se pela integração dos valores ilícitos à economia formal (*integration*), com aparência lícita. Nessa etapa, os valores já dissimulados são reciclados em simulações de negócios lícitos, tais como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimos de regresso (*loanback*).¹²

11 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 26-27.

12 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 27.

Realizadas essas breves considerações a respeito da definição jurídica do crime de lavagem de dinheiro, bem como das etapas do processo de branqueamento de capitais, é relevante pontuar que, apesar de a lavagem de capitais ser dotada de autonomia, por outro lado, também é considerada um delito acessório, pois necessariamente sucede à prática de alguma infração penal antecedente que deu origem ao proveito econômico que será ocultado e/ou dissimulado, transformando-se em bens e/ou valores aparentemente lícitos.

Frise-se que as Convenções internacionais sobre lavagem de dinheiro, entre as quais destacamos algumas das quais o Brasil é signatário, tais como as Convenções das Nações Unidas de Viena, Palermo e Mérida, impulsionaram uma evolução legislativa quanto à noção de “infração penal antecedente”, sendo certo que ocorreram alterações na legislação brasileira desde o advento da Lei n.º 9.613/1998.

Isso porque, inicialmente, o delito de lavagem de capitais descrito no artigo 1º do referido diploma legal previa, em sua redação original, um rol taxativo de crimes antecedentes pelos quais poderiam se originar os valores ilícitos que posteriormente seriam ocultados e/ou dissimulados no processo de branqueamento de capitais.

Ocorre que a Lei n.º 12.683/2012 excluiu o mencionado rol de crimes antecedentes, passando a considerar que os bens, valores e/ou direitos auferidos ilicitamente poderiam ser provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer infração penal, seja essa um crime ou uma contravenção penal.

Embora essa significativa alteração legislativa tenha maximizado as hipóteses de imputação penal pela prática do delito de lavagem de dinheiro, a Lei n.º 9.613/98, ao contrário de outros sistemas jurídicos penais contemporâneos, permaneceu silente quanto à possibilidade de responsabilização criminal do autor da infração penal antecedente por esta e, ao mesmo tempo, pela prática subsequente de branqueamento de capitais, o que delimitará o cerne do problema que gira em torno da autolavagem.

3. A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA EXISTENTE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO AUTÔNOMA DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS

Conforme pontuado, uma das alterações realizadas pela Lei n.º 12.683/2012 foi a exclusão do rol taxativo de delitos antecedentes que estavam previstos no artigo 1º da Lei n.º 9.613/98 e que poderiam dar causa à responsabilidade criminal pelo cometimento do crime subsequente de lavagem de capitais. Consequentemente, o branqueamento de capitais pode se caracterizar em virtude da ocultação e/ou dissimulação de bens, valores ou direitos, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de qualquer infração penal antecedente, sendo possível que esta seja um crime ou até mesmo uma contravenção.

Tendo em vista que a referida alteração legislativa foi silente em relação à possibilidade de imputar simultaneamente a responsabilidade criminal pela infração penal antecedente e pela lavagem de

dinheiro subsequente, quando o mesmo agente pratica ambos os ilícitos penais, surgiu uma intensa controvérsia doutrinária sobre o tema.

Dentre os argumentos levantados no sentido da impossibilidade de punição da autolavagem de capitais, destacam-se a violação ao princípio da legalidade; a inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*; e a incidência do princípio da consunção, em virtude da ocorrência de pós-fato impunível.¹³

Objetivando uma exposição mais didática, voltada a uma melhor compreensão das teses supra-mencionadas, optou-se por elencá-las separadamente para tornar mais fluida a leitura.

3.1. DA SUPOSTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A respeito da suposta violação ao princípio da legalidade estrita que vigora no âmbito do Direito Penal, há quem sustente a incompatibilidade da criminalização da autolavagem, visto que a Lei n.º 9.613/98 foi omissa quanto a essa modalidade específica de branqueamento de capitais, na contramão de outros ordenamentos jurídicos que tipificaram expressamente em suas legislações penais a possibilidade de punição pela prática do mencionado delito, como Portugal, Espanha, Alemanha e Itália.

Com esse entendimento, Tavares e Martins chamam a atenção para o fato de que não se pode desprezar a vontade do legislador brasileiro, pois, ao não criminalizar a autolavagem, excluiu a possibilidade de interpretação extensiva ou ampliativa da lei penal para alcançar, com a criminalização da lavagem de dinheiro, também o autor do crime antecedente, punindo-o duplamente, isto é, por ambos os crimes.¹⁴

Analisando o problema jurídico por esse ângulo, poder-se-ia afirmar que, inexistindo previsão legal expressa tipificando a autolavagem, qualquer interpretação que tenha por objetivo punir essa modalidade específica de lavagem de dinheiro configuraria analogia *in malam partem*, violando, assim, o princípio da legalidade, o qual está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB.¹⁵

Não é por outra razão que Roxin, ao discorrer sobre a taxatividade das leis penais como decorrência lógica do princípio da legalidade, alerta que uma lei indeterminada, sem clareza e sem precisão técnica, torna vulnerável o cidadão, sujeitando-o a arbitrariedades. Isso porque tais brechas legislativas

13 DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro. In: **Revista Jurídica Delictae**, Volume 3, n.º 4, janeiro/junho, 2018, p. 193-253. p. 220.

14 TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 68.

15 No tocante à relevância jurídica desse princípio constitucional, Juarez Cirino dos Santos aponta que a legalidade representa “o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (...) (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas; e (d) a indeterminação dos tipos penais e das sanções penais”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte geral**. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 20.

permitem ao julgador realizar qualquer interpretação da lei, o que pode resultar na invasão da função própria do legislador de elaboração das leis.¹⁶

Porém, quando o conteúdo da lei é certo e determinado, é recomendável a utilização dos princípios de interpretação do Direito Penal, com o firme propósito de se alcançar o âmbito de proteção da norma penal almejado pelo legislador. Nesse diapasão, tendo em vista a clareza inerente à redação do artigo 1º da Lei n.º 9.613/98, parece ser improcedente qualquer argumento que defenda a violação do princípio da legalidade, única e exclusivamente em virtude da possibilidade de punição simultânea do autor pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem de capitais, até porque o legislador não excluiu expressamente tal hipótese no dispositivo legal.¹⁷

Nesse sentido, esse detalhe importante nos leva a sustentar a inexistência de afronta à legalidade estrita que vigora no Direito Penal, qual seja, se o legislador brasileiro quisesse excluir o autor da infração penal antecedente da adequação típica referente à lavagem de capitais, teria feito expressamente, nos mesmos moldes da redação do delito previsto no artigo 349 do CP, que, ao tratar do crime de favorecimento real, pune quem prestar a criminoso, “fora dos casos de coautoria ou de receptação”, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

Essa linha de pensamento é reforçada mais ainda, já que o artigo 1º da Lei n.º 9.613/98 tipifica um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não havendo nenhuma exigência expressa legal restritiva ou excludente de responsabilidade criminal dirigida ao sujeito ativo do delito. Por essa razão, na ótica do autor, não há empecilho para o concurso de crimes entre a infração penal antecedente e a autolavagem de capitais.

Além disso, razões de política criminal também ratificam a ausência de violação ao princípio da legalidade no que tange à punição da autolavagem, na medida em que não há causa justificável para favorecer o delinquente, castigando-o apenas pela prática do ilícito penal originário, uma vez que o criminoso, além de gozar das vantagens oriundas da infração penal antecedente, beneficia-se dos frutos da lavagem de dinheiro.¹⁸

Entendimento em sentido diverso, no sentido de que a punição da autolavagem afrontaria o princípio da legalidade, representaria um verdadeiro retrocesso em virtude do incentivo à prática de crimes

16 ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito**. 2ª edição. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. p. 169.

17 O artigo 1º da Lei n.º 9.613/98 estabelece, de forma precisa, as condutas típicas que consistem na prática do delito de lavagem de dinheiro, nos seguintes termos: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

18 CARPIO DELGADO, Juana del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal**. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997. p. 476-477. Disponível em: <<https://idus.us.es/handle/11441/97052>>. Acesso em: 12 jun. 2024.

de branqueamento de capitais, na exata contramão das diretrizes estabelecidas tanto nas Convenções internacionais das quais o Brasil é signatário como pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), na prevenção e combate a essa espécie de crime.

3.2. DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA, DECORRENTE DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Outro argumento utilizado pelos defensores da inaplicabilidade da autolavagem perante o ordenamento jurídico brasileiro é a inexigibilidade de conduta diversa, que estaria fundamentada no “direito” do autor do crime antecedente de realizar o autobranqueamento com esteio no princípio *nemo tenetur se detegere*.

O princípio *nemo tenetur se detegere* representa a garantia assegurada ao investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo, como o direito ao silêncio e a negativa à submissão de exames que possam produzir provas biológicas incriminatórias.

Por sua vez, a inexigibilidade de conduta diversa materializa uma excludente supralegal de culpabilidade, que isenta o agente da responsabilidade penal, quando esse, no momento da ação ou da omissão, não poderia, diante das circunstâncias fáticas, ter agido de outra forma, “porque, dentro do que nos é comumente revelado pela experiência humana, não lhe era exigível comportamento diverso”.¹⁹

Seguindo essa linha de raciocínio, surge a interpretação realizada por parte da doutrina no sentido da inevitável ausência de consequências criminais para a prática da autolavagem, em virtude da impossibilidade de se exigir do autor da infração penal antecedente que entregue ou deixe ao alcance das autoridades públicas os bens e/ou valores auferidos, direta ou indiretamente, por meio do cometimento do ilícito penal prévio à lavagem de capitais efetuada por ele próprio.²⁰

Nesse sentido, sustenta-se que não se pode punir um delinquente por lavagem de dinheiro tão somente por ter praticado o delito de branqueamento para encobrir os bens e/ou valores derivados do crime antecedente, pois tal punição violaria frontalmente o direito à não autoincriminação, estando o

19 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, e com a Constituição Federal de 1988. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 328.

20 Com esse entendimento, Délio Lins e Silva Junior e Marco Aurélio de Paula defendem a ideia de que, “quando o autor do crime de lavagem de dinheiro for também o executor do crime antecedente, deve ser aplicada a inexigibilidade de conduta diversa para excluir sua culpabilidade com relação ao crime de lavagem de dinheiro”. SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva; PAULA, Marco Aurélio Borges de. Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59-71. p. 62.

agente acobertado pela excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.²¹ Ou seja, por esse viés ideológico, a dificuldade da investigação criminal sobre o patrimônio auferido ilicitamente pelo agente seria uma “consequência natural” da prática da infração penal antecedente.²²

Dessa maneira, para os defensores desse posicionamento, a lavagem de capitais não somente viabiliza a inserção dos valores auferidos ilicitamente na economia formal, com aparência de legalidade, como também possibilita a fruição do proveito do crime pelo autor da infração penal antecedente. Por isso, a criminalização da autolavagem seria uma ofensa à inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, já que levaria à

imposição de que o agente que praticou o crime antecedente deva, necessariamente, para não responder por lavagem de dinheiro, sair gastando o proveito econômico do crime precedente de forma aberta, chamando para si a atenção dos órgãos de persecução penal.²³

A bem da verdade, entende-se que a inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, assim como qualquer outra excludente da responsabilidade penal, deve sempre levar em consideração a imposição de limites norteados pela razoabilidade, para se evitar a distorção de direitos e garantias fundamentais, de modo a salvaguardar a prática de ilícitos penais.

Analisando a autolavagem por essa perspectiva, seria totalmente incoerente defender a inexigibilidade de conduta diversa com o propósito de blindar o autor da infração penal antecedente contra eventual punição pela prática posterior de lavagem de dinheiro. Isso porque a ação de proteger-se do controle e fiscalização dos órgãos de persecução penal em face da legitimidade dos bens e/ou valores branqueados ultrapassaria o limite de razoabilidade permitido para interpretação da referida excludente de culpabilidade, já que o direito de não produzir provas contra si mesmo não concederia automaticamente ao agente a possibilidade de conferir aparência de legalidade aos bens e/ou valores auferidos ilicitamente por outra conduta delituosa.

Assim, o *nemo tenetur se detegere* resguarda o indivíduo contra a obrigação de uma participação ativa na sua incriminação, sem que o direito de não se autoincriminar represente “carta branca” para a prática de ações encobridoras ou dissimuladoras de sua responsabilidade penal. Interpretação em sentido contrário levaria ao entendimento de que o direito do investigado/acusado à não autoincriminação lhe outorgaria a prerrogativa de fraudar, ocultar e/ou dissimular a origem criminosa dos bens ou valores

21 CORDERO BLANCO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona: Aranzadi, 2015. p. 474.

22 RENART GARCÍA, Felipe. El blanqueo de capitales en el derecho suizo. In: **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n.º 50, 2º trimestre, 1998.

23 BROETO, Filipe Maia. Lineamentos sobre a (a) tipicidade do crime de autolavagem na ordem jurídica brasileira. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, volume 9, ano 3, janeiro/março, p. 117-149, 2022. p. 139-140.

oriundos da prática do ilícito penal antecedente à lavagem de capitais efetuada por ele próprio.²⁴

Justamente por esse motivo que Horta e Teixeira defendem que a inexigibilidade de conduta diversa somente resguarda o investigado/acusado contra o dever de colaboração ativa incriminatória, não abarcando ações de “autoblindagem”, sob pena de transformar o direito à não autoincriminação em uma “licença” deliberada para o exercício de ações de encobrimento da responsabilidade criminal do agente, constituindo-se em uma “liberdade absoluta de autosalvação”.²⁵

Corroborando o entendimento da inaplicabilidade da excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa à autolavagem, Lima menciona o princípio da convivência das liberdades, para impossibilitar que qualquer das liberdades seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias, raciocínio esse que nos conduz ao posicionamento de que o direito à não autoincriminação não pode ser entendido em sentido absoluto.²⁶

Consequentemente, o autor da infração penal antecedente responderá pelo crime de lavagem de dinheiro, se, após o esaurimento do crime/contravenção precedente, executar novo ato independente, a fim de ocultar bens, direitos ou valores obtidos mediante o cometimento de algum ilícito penal, pois, nesse caso, surge uma “nova infração penal autônoma e dissociada de qualquer exigência de colaboração por parte das autoridades públicas persecutórias”, afastando-se, assim, a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.²⁷

3.3. DA EVENTUAL INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, EM VIRTUDE DO PÓS-FATO IMPUNÍVEL

Por fim, há quem entenda que a autolavagem é um mero esaurimento da infração penal antecedente, sendo inviável a punição do autor desta pela prática de lavagem de dinheiro em razão do aproveitamento do produto do delito originário, já que o branqueamento de capitais ensejaria um fato posterior impunível, decorrente do princípio da consunção.²⁸

24 HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, volume 18, n.º 74, p. 7-49, 2019. p. 36-37.

25 HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales. InDret: **Revista para el Análisis del Derecho**, DOI:10.31009/InDret.2021.i1.07. p. 203-227, 2021. p. 209. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1606.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2024.

26 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Legislação Criminal Especial Comentada**. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022. p. 943.

27 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Legislação Criminal Especial Comentada**. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022. p. 944.

28 Nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 147-169.

Esse posicionamento se relaciona, de certa forma, com o fundamento da Súmula n.º 17 do Superior Tribunal de Justiça, que preceitua que, “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Da mesma maneira, hipótese semelhante ocorreria no caso da recepção ao não se admitir a punição por esse delito do autor, do coautor ou do partícipe do crime anterior, por se tratar de pós-fato impunível em virtude da incidência do princípio da consunção.²⁹

Ressalte-se que o pós-fato impunível é designado por alguns juristas como pós-fato copenado³⁰, que diz respeito aos casos em que, embora haja pluralidade de ações e aparente pluralidade de adequação típica, deve-se reconhecer a presença de um único delito resultante da absorção do injusto do tipo penal do crime posterior ao conteúdo de injusto do tipo legal primário.³¹

Nesse contexto, de acordo com os defensores desse posicionamento, o autobranqueamento de capitais seria inaplicável ao autor da infração penal antecedente por ser um ato posterior copenado já abrangido pelo desvalor do ilícito penal precedente e, portanto, impunível.³² Sob essa perspectiva, a autolavagem seria um mero exaurimento do crime/contravenção antecedente, pois o dinheiro sujo deve necessariamente ser branqueado em algum momento da vida do criminoso para que este possa desfrutar dos valores auferidos ilicitamente com a prática do delito originário.³³

Consequentemente, o crime de lavagem de dinheiro, quando praticado pelo próprio autor da infração penal antecedente, seria absorvido por este, em virtude da incidência do princípio da consunção, sendo certo que eventual incriminação da autolavagem de capitais consistiria em uma dupla punição pelo mesmo fato delituoso em afronta direta ao *ne bis in idem*.

Em sentido diametralmente oposto, existe entendimento doutrinário no sentido da inaplicabilidade do princípio da consunção à autolavagem de capitais. Isso porque haveria distinção entre os diversos bens jurídicos tutelados pela lavagem de capitais e aquele protegido pela norma penal referente à infração penal antecedente.

29 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos - arts. 155 a 212, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022A. p. 194.

30 CRUZ, Flavio Antonio. **O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro**: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória. 2014. Tese (doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2014. p. 785.

31 Segundo Cirino dos Santos, “o antefato e o pós-fato copunidos estão, geralmente, em relação de consunção com o fato principal: são punidos em conjunto com o fato principal”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, Parte Geral, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008., p. 426.

32 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 689.

33 Nesse sentido, Bajo Fernández e Bacigalupo (2001, p. 677) sustentam que “el dinero negro tiene necesariamente que ser blanqueado en algún momento de la vida de su titular para poder disfrutar él [...]. En dicho momento, el titular tiene dos opciones: una, confesar el origen de la riqueza y, al menos, responder por el delito fiscal o por cualquier otro delito que hubiera dado origen de la adquisición de ese dinero, o proceder a lo que denominamos ‘blanqueo de dinero’”. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 677.

Desse modo, com base na característica da autonomia, inerente ao crime de lavagem de dinheiro, parcela da doutrina entende que o desvalor da conduta que culmina no branqueamento de capitais não está englobado pelo desvalor da conduta referente à infração penal antecedente, sendo inevitável a aplicação do concurso material de crimes (artigo 69 do CP) aos casos de autolavagem.³⁴

Concorda-se com esse posicionamento no sentido de que a autolavagem não pode ser considerada um mero exaurimento do crime/contravenção antecedente, justamente por consistir em uma nova infração penal totalmente independente daquela, que objetiva resguardar uma pluralidade de bens jurídicos, entre os quais se inclui a Administração da Justiça.³⁵

Nessa linha de pensamento, é perfeitamente possível a punição simultânea do mesmo agente, isto é, pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem. Tal afirmação é respaldada pelo fato de que um dos bens jurídicos protegidos pela norma penal que tipifica o crime de lavagem de capitais (Administração da Justiça) é, em regra, diferente daquele violado pelo ilícito penal anterior, sendo certo que essa distinção autoriza a aplicação do concurso material de crimes sem que exista afronta ao *ne bis in idem*.³⁶

É nesse exato momento que, sem a intenção de esgotar o tema que será tratado no próximo capítulo, torna-se imprescindível mencionar que, para ser possível o afastamento da incidência do princípio da consunção nas hipóteses de autobranqueamento, é necessário que a ocultação ou dissimulação de bens e/ou valores provenientes de infração penal antecedente advenha de atos subsequentes e autônomos que demonstrem claramente a vontade livre e consciente do agente para o fim específico de reinserção do produto do crime/contravenção na economia formal.

Tendo em vista esse dolo específico inerente à configuração da autolavagem de capitais, Lima alerta que tanto a ocultação quanto a dissimulação, “demandam a prática de um ato de mascaramento do produto direto ou indireto da infração antecedente”, de maneira que a simples utilização do proveito criminoso não configura, por si só, a “higienização de ativos”. Assim, o mero aproveitamento do produto do delito/contravenção seria irrelevante à Administração da Justiça ou à ordem socioeconômica, representando um exaurimento da infração penal antecedente, tal como o criminoso que gasta o dinheiro sujo em viagens e em restaurantes.³⁷

34 CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**, 2ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2017. p. 63.

35 Com esse posicionamento, Carpio Delgado, defende a ofensividade inafastável da lavagem de dinheiro, à qual, “*como delito autónomamente configurado, tiene su propio bien jurídico que se puede diferenciar perfectamente del bien jurídico protegido por el delito previo*”. CARPIO DELGADO. Juana Del. **El delito del blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal**. Tese de Doutorado defendida na Universidad de Sevilla. Orientador: Francisco Muñoz Conde, 1997. p. 468-469. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/11441/97052>>. Acesso em: 15 jun. 2024.

36 BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei n.º 9.613/1998 com as alterações da Lei n.º 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 74.

37 Com base nessa premissa, Lima sustenta a incompatibilidade do princípio da consunção (pós-fato impunível), em relação ao ato “genuíno” de lavar dinheiro, eis que haveria a configuração de “lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária” da infração penal antecedente. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Legislação Criminal Especial Comentada**. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022. p. 942-951.

4. O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A RESPEITO DA PUNIÇÃO DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS

Sem sombra de dúvidas, o principal objetivo da Lei n.º 9.613/98 foi a adequação do ordenamento jurídico brasileiro às recomendações internacionais (*soft law*) estipuladas desde 1988, por meio da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena. No preâmbulo desta, demonstra-se a intenção, em âmbito global, de sufocar os rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.³⁸

Embora a edição da Lei n.º 9.613/98 tenha sido de suma importância na observância das diretrizes internacionais supramencionadas, é fato notório que, ao dispor em seu artigo 1º sobre o delito de lavagem de dinheiro, houve omissão quanto à possibilidade de punição pela autolavagem, que ocorre quando o autor da infração penal antecedente pratica atos subsequentes de ocultação e/ou dissimulação da vantagem econômica auferida ilicitamente com a finalidade de conferir-lhe aparência de legalidade.

Diante do silêncio da referida norma penal, surgiu a controvérsia acerca de se a autolavagem seria um pós-fato impunível, por ser mero exaurimento da infração penal antecedente, ou se, ao contrário, o autor dos injustos penais antecedente e subsequente (lavagem de dinheiro) poderia ser condenado por ambos, sem que tal condenação violasse o princípio do *ne bis in idem*.

Ao se debruçar sobre a divergência, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros inclinou-se na possibilidade de punição da autolavagem de forma autônoma e independente da infração penal antecedente, viabilizando, assim, a incidência do concurso de crimes na referida hipótese.

Essa construção jurisprudencial começou a ser delineada no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 92.279-1/RN, quando se firmou o entendimento de que a lavagem de dinheiro “é crime autônomo, não se constituindo em mero exaurimento do crime antecedente”, ou seja, a prática da autolavagem é punível, não havendo que se falar em afronta ao princípio *ne bis in idem*.³⁹

38 Nos termos do preâmbulo da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991.

39 De acordo com o *Habeas Corpus* n.º 92.279-1/RN, que elencou a seguinte ementa: “Direito Penal. Crimes de uso de documento e de lavagem de dinheiro. Meio para a prática do crime contra o sistema financeiro nacional. Improcedência. Crimes autônomos e posteriores. Ausência de bis in idem entre os processos no Brasil e na Alemanha. Ordem denegada”. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 92.279-1/RN**, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 24/06/2008. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 13 jun. 2024.

Corroborando esse posicionamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no Inquérito n.º 2.471/SP, pela possibilidade de o autor da infração penal antecedente responder criminalmente, simultaneamente à imputação de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, ponderou-se que, “não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, em ações penais diversas”, sendo viável, inclusive, que os indícios da prática de corrupção angariados em uma ação penal sirvam para configuração do crime de lavagem de capitais.⁴⁰

A consolidação efetiva do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de punição da autolavagem se deu na Ação Penal n.º 470/MG, que ficou conhecida, popularmente, como o caso do “Mensalão”. Isso porque a decisão do Tribunal Pleno estabeleceu a admissibilidade da criminalização autônoma e independente da lavagem de dinheiro cometida pelo mesmo autor da infração penal antecedente.

Em outras palavras, reconheceu-se que a lavagem de dinheiro constitui delito autônomo em relação aos ilícitos penais antecedentes, e não mero exaurimento do crime anterior. Contudo, para a configuração da autolavagem, é imprescindível “a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)”.⁴¹

Nesse sentido, ao se deparar com um caso concreto envolvendo simultaneamente os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, “quando a ocultação configura etapa consumativa do delito antecedente – caso da corrupção passiva recebida por pessoa interposta – de autolavagem se cogita apenas se comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higie-

40 Nos termos do acórdão proferido no Inquérito n.º 2.471/SP pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que consignou: “Não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas, servindo, no presente caso, os indícios da corrupção advindos da AP 477 como delito antecedente da lavagem. V – O fato de um ou mais acusados estarem sendo processados por lavagem em ação penal diversa, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, não gera bis in idem, em face da provável diversidade de contas correntes e das importâncias utilizadas na consumação do suposto delito”. Inquérito n.º 2.471/SP. Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 29/09/2011. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 13 jun. 2024.

41 Nos termos do acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de Embargos Infringentes na Ação Penal n.º 470/MG que decidiu: “Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvção por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvção por falta de provas. 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro”. (Ação Penal n.º 470/MG, Relator: LUIZ FUX, Relator/Acórdão: LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 7 abr. 2024.

nização do produto do crime antecedente”.⁴²

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante à possibilidade de punição da autolavagem praticada pelo autor da infração penal antecedente, afastando a incidência do princípio da consunção, desde que os atos caracterizadores da lavagem de dinheiro sejam autônomos, diversos e subsequentes àqueles atos pertencentes ao delito originário precedente.

Com fundamento nessa linha de raciocínio, a Corte Especial do STJ já teve a oportunidade de consignar que,

embora a tipificação da lavagem de capitais dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem, isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime.⁴³

Para não serem considerados pós-fato impunível, ou seja, mero exaurimento do crime/contravenção precedente, tais atos de lavagem de dinheiro devem ser necessariamente independentes e subsequentes à prática da infração penal antecedente, além de devidamente comprovados pela “efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe aparência de licitude”.⁴⁴

Assim, é importante ressaltar que a mera utilização, fruição ou gozo das vantagens econômicas auferidas ilicitamente por meio do cometimento da infração penal antecedente insere-se no contexto do mero exaurimento desta, sendo considerado pós-fato impunível, incidindo, nesse caso, o princípio da consunção. É a hipótese, por exemplo, da conduta de simplesmente gastar o dinheiro “sujo” em restaurantes e viagens ou, até mesmo, pagar contas diretamente usando dinheiro ilícito, sem camuflar ou dissimular a sua origem criminosa.⁴⁵

Verifica-se, portanto, que STF e STJ convergem no mesmo sentido, no tocante à possibilidade de punição simultânea do agente, pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem de

42 Nos moldes do acórdão proferido pela 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal n.º 694/MT. 1ª Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 02/05/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 25 abr. 2024.

43 Nos moldes do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n.º 989/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/02/2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2024.

44 Nos exatos termos do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n.º 989/ DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/02/2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2024.

45 De acordo com o acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, nos autos da ACR n.º 1999.70.00.013518-3. Relator do Acórdão: Desembargador Néfi Cordeiro, julgado em 04/07/2007. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 22 jun. 2024.

capitais, sem que haja violação ao princípio *ne bis in idem*. Esse entendimento se justifica em virtude de o crime de lavagem de dinheiro ser um delito autônomo, correspondendo a uma “conduta criminosa adicional, que se caracteriza mediante nova ação dolosa, distinta daquela que é própria do exaurimento de crime do qual provém o capital sujo”.⁴⁶

Apesar de a jurisprudência pátria solucionar o problema do autobranqueamento na prática jurídica, a nosso sentir, o cerne da questão repousa justamente na necessidade premente de um agir positivo do legislador brasileiro pela tipificação expressa do crime de autolavagem de capitais em nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de adequar o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores à legalidade estrita, que deve nortear o Direito Penal vigente em um Estado Democrático de Direito.

Para impulsionar essa proposição, nada mais razoável do que uma imersão no tema da criminalização autônoma do delito de autolavagem, sob a ótica dos sistemas jurídicos penais contemporâneos, o que será objeto do próximo capítulo.

5. A CRIMINALIZAÇÃO DO DELITO DE AUTOLAVAGEM NOS SISTEMAS JURÍDICOS PENAIS CONTEMPORÂNEOS

Antes de adentrar, especificamente, nas particularidades da criminalização autônoma da autolavagem de capitais em alguns sistemas jurídicos penais estrangeiros, revela-se de suma importância apontar previamente as diretrizes estabelecidas pelas convenções internacionais e pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), no tocante ao referido tema.

Dos tratados internacionais mais relevantes que versam sobre o branqueamento de capitais, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena)⁴⁷, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo)⁴⁸ e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida).⁴⁹

Tanto a Convenção de Palermo (artigo 6º, item nº 2, alínea “e”) quanto a Convenção de Mérida (artigo 23, item nº 2, alínea “e”) possuem previsão expressa semelhante, dirigida aos países signatários, no sentido da chamada “reserva de autolavagem”. Ambas as recomendações tratam da prerrogativa dos países que tenham aderido aos mencionados pactos internacionais de admitir em sua legislação penal

46 Nos moldes do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n.º 923/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/09/2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2024.

47 A Convenção de Viena foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 7.030/2009.

48 A Convenção de Palermo foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 5015/2004.

49 A Convenção de Mérida foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 5.687/2006.

interna, de forma expressa, a não criminalização da autolavagem, quando tal punição for incompatível com os princípios fundamentais de determinado país.⁵⁰

No que tange ao autobranqueamento de capitais, diante do teor permissivo das normas internacionais pactuadas (*soft law*), alguns países vedaram expressamente a criminalização da autolavagem em suas legislações internas, excluindo a possibilidade de punição autônoma pela lavagem de dinheiro cometida pelo autor da infração penal antecedente. É o caso da Áustria, (Seção § 165 do Código Penal Austríaco) e da Suécia (artigo 6º, § 2º, do capítulo 9 do Código Penal Sueco).⁵¹

A bem da verdade, tais regramentos proibitivos da punição da autolavagem consistem em exceção à regra. Alguns países, como os Estados Unidos e a França, estão na mesma situação do Brasil, ou seja, a despeito da inexistência de previsão legal expressa em seus ordenamentos jurídicos, a missão de interpretar a extensão do significado inerente ao delito de lavagem de dinheiro incumbe à jurisprudência consolidada dos respectivos tribunais.

Por outro lado, Espanha, Portugal, Alemanha e Itália possuem disposição expressa em seus Códigos Penais no sentido da criminalização autônoma do crime de autolavagem. Para melhor organização, elencam-se, a seguir, separadamente, as peculiaridades de cada sistema jurídico penal no que tange à autolavagem de capitais.

Opta-se, ainda, por minudenciar, no próximo capítulo, a solução adotada pelo legislador italiano, para resolver o problema da necessidade de criminalização autônoma da autolavagem de capitais, sob a perspectiva da legalidade e da proporcionalidade da intervenção penal estatal.

5.1. ESTADOS UNIDOS

Tal como ocorre no sistema jurídico penal brasileiro, também não há previsão legal expressa e específica no ordenamento jurídico norte-americano a respeito da autolavagem. Assim, a punição pela prática do autobranqueamento é possível, mas fica a cargo da jurisprudência dos tribunais.

De modo semelhante ao entendimento consolidado nos tribunais superiores do Brasil, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana também exige, como pressuposto da autolavagem, a prova da intenção deliberada do agente de lavar dinheiro. Nesse sentido, adota-se a mesma lógica da exigência da intenção de lavar o dinheiro, por meio da prática de atos autônomos e subsequentes de ocultação ou dissimulação de bens e/ou valores provenientes da infração penal antecedente.

.....

50 É importante destacar que, também no âmbito do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), a Recomendação n.º 3 versa especificamente sobre a lavagem de capitais, admitindo de forma expressa a não criminalização da autolavagem, quando tal punição for incompatível com os princípios fundamentais de determinado país.

51 BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª edição. Navarra: Aranzandi, 2015. p. 462

O referido posicionamento foi acolhido pela Suprema Corte em dois *leading cases* julgados em 2008⁵², nos quais, embora os réus tenham sido absolvidos, definiu-se que o pressuposto para a configuração do crime de branqueamento de capitais é a comprovação da finalidade do agente de ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle dos rendimentos do dinheiro, em violação à lei federal sobre lavagem de dinheiro.

Em um desses *leading cases*, qual seja, *Regalado Cuellar v. United States*, o agente foi preso depois de uma busca no carro que dirigia pelo Texas em direção ao México, na qual foi apreendido quase US\$ 81.000 (oitenta e um mil dólares) embrulhados em sacos plásticos e cobertos com pelos de animais em um compartimento secreto sob o piso traseiro. Diante desse contexto fático, o acusado foi condenado por tentativa de transportar fundos de um lugar nos Estados Unidos para um lugar fora dos Estados Unidos, sabendo que os valores eram produto de atividades ilegais.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos absolveu o acusado, consignando que, embora a legislação norte-americana sobre lavagem de capitais não exija prova de que o réu tentou criar a aparência de riqueza legítima, a intenção de reinserção do dinheiro ilícito na economia formal não pode ser satisfeita apenas pela prova de que os fundos foram escondidos durante o transporte. Assim sendo, apontou-se que o texto legal deixa claro que uma condenação exige prova de que o objetivo do transporte – e não apenas o seu efeito – era ocultar ou disfarçar um dos atributos listados: a natureza, a localização, a origem, a propriedade ou o controle dos fundos.⁵³

Verifica-se, portanto, que, apesar da omissão na legislação norte-americana sobre o tema, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos admite a punição da autolavagem, desde que seja comprovado o dolo específico do autor da infração penal antecedente com a finalidade de lavar dinheiro por meio da prática de atos de ocultação ou dissimulação da origem ilícita de bens e/ou valores pecuniários.

52 Trata-se de dois *leading cases* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no mesmo dia e com fundamentação semelhante. *Regalado Cuellar v. United States*: n.º 06-1456, julgado em 2 de junho de 2008, e *United States v. Santos*: n.º 06-1005, julgado em 2 de junho de 2008. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/>>. Acesso em: 10 jun. 2024.

53 Por essa razão, como as evidências sugeriam que os aspectos secretos do transporte foram empregados para facilitá-lo, mas não necessariamente que o sigilo fosse o seu propósito, a Suprema Corte dos Estados Unidos transporte foi “concebido, no todo ou em parte, para ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a origem, a propriedade ou o controle” dos fundos. §1956(a)(2)(B)(i). Embora este elemento não exija prova de que o réu tentou criar a aparência de riqueza legítima, também não pode ser satisfeito apenas pela prova de que o réu ocultou os fundos durante o seu transporte. Neste caso, a única prova apresentada para provar esse elemento mostrou que o peticionário realizou grandes esforços para ocultar os fundos *a caminho* do México e, portanto, a sua condenação não pode ser mantida”. De acordo com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento *Regalado Cuellar v. United States*: n.º 06-1456, julgado em 2 de junho de 2008. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/550/>>. Acesso em: 11 jun. 2024.

5.2. FRANÇA

De acordo com o artigo 324-1 do Código Penal francês, a lavagem de capitais (*Blanchiment D'argent*) consiste no “ato de facilitar, por qualquer meio, a falsa justificação da origem dos bens ou rendimentos do autor de um crime ou contravenção, tendo-lhe proporcionado um lucro direto ou indireto”.⁵⁴

Como se pode perceber, do mesmo modo que os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, a legislação francesa não prevê, nem exclui expressamente, a possibilidade de punição do autobranqueamento, motivo pelo qual não restou outra alternativa, senão incumbir à jurisprudência da Corte de Cassação a missão de interpretar o dispositivo legal supramencionado.

Nesse contexto, a Corte de Cassação firmou entendimento no sentido da admissibilidade de punição da autolavagem de capitais praticada pelo agente responsável pelo cometimento da infração penal originária precedente, uma vez que o artigo 324-1 do Código Penal francês “é aplicável ao autor de lavagem do produto de um crime que ele próprio cometeu”.⁵⁵

Segundo o Tribunal Superior francês, tendo em vista que o referido dispositivo legal estabelece um crime “geral e autônomo” de branqueamento de capitais, “distinto”, em seus elementos materiais e intencionais, do crime ou contravenção gerador de produto ilícito, pune-se a lavagem de dinheiro independentemente do seu autor, desde que seja comprovada, no caso concreto, a prática de “ações específicas de colocação, ocultação ou conversão” desse produto, não havendo que se falar em violação ao princípio *ne bis in idem*.⁵⁶

Unidos decidiu que “a disposição da lei sobre branqueamento de capitais ao abrigo da qual o peticionário foi condenado exige prova de que o transporte foi “concebido, no todo ou em parte, para ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a origem, a propriedade ou o controlo” dos fundos. §1956(a)(2)(B) (i). Embora este elemento não exija prova de que o réu tentou criar a aparência de riqueza legítima, também não pode ser satisfeito apenas pela prova de que o réu ocultou os fundos durante o seu transporte. Neste caso, a única prova apresentada para provar esse elemento mostrou que o peticionário realizou

54 O artigo 324-1 do Código Penal da França prevê o crime de lavagem de capitais nos seguintes termos: “*Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect*”. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 20 jun. 2024.

55 De acordo com a Corte de Cassação da França, “l'art. 324-1 du Code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise”. Acórdão da Câmara Criminal da Corte de Cassação da França, Recurso n.º 07-82.977, julgado em 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 21 jun. 2024.

56 Segundo a Corte de Cassação da França, “*Attendu que l'article 324-1, alinéa 2, du code pénal, institue une infraction générale et autonome de blanchiment, distincte, dans ses éléments matériel et intentionnel, du crime ou du délit ayant généré un produit et réprime, quel qu'en soit leur auteur, des agissements spécifiques de placement, dissimulation ou conversion de ce produit, de sorte que cette disposition est applicable à celui qui blanchit le produit d'une infraction qu'il a commise, sans porter atteinte au principe Ne bis in idem*”. Da Câmara Criminal da Corte de Cassação da França, Recurso n.º 17-80.152, julgado em 17 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 22 jun. 2024.

grandes esforços para ocultar os fundos a caminho do México e, portanto, a sua condenação não pode ser mantida”. De acordo com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento *Regalado Cuellar v. United States*: n.º 06-1456, julgado em 2 de junho de 2008. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/550/>>. Acesso em: 11 jun. 2024.

5.3. PORTUGAL

Em Portugal, o crime de lavagem de capitais é previsto no artigo 368-A do Código Penal português, com o *nomen iuris* “branqueamento”. O dispositivo legal elenca uma série de crimes que podem ser considerados infrações penais antecedentes ao delito de lavagem de dinheiro.

O artigo 368-A já sofreu algumas alterações legislativas, sendo certo que, atualmente, a possibilidade de punição da autolavagem é permitida pela norma penal incriminadora, uma vez que o item n.º 3 do dispositivo legal estabelece que

quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos.⁵⁷

Dessa maneira, a elementar contida no tipo penal de branqueamento “por si ou por terceiro” autoriza a imputação do crime de lavagem de dinheiro ao autor ou partícipe da infração penal antecedente, ou seja, o Código Penal de Portugal pune a autolavagem ou, nos moldes da terminologia utilizada pelo legislador português, o autobranqueamento.

Um detalhe relevante existente no Código Penal português é a previsão legal, no item n.º 12 do artigo 368-A, sobre a imposição de um “teto máximo” de pena para o agente que praticou a lavagem de dinheiro, não podendo ser superior ao limite máximo da pena cominada à infração penal antecedente que deu origem às vantagens ilícitas branqueadas.⁵⁸

Ao que parece, diante do caráter acessório do delito de branqueamento, e tendo em vista a proporcionalidade da pena deste em relação ao crime precedente que produziu a vantagem ilícita, o legislador português entendeu ser razoável impor o referido limite máximo de pena ao agente responsável pela infração penal subsequente de lavagem de dinheiro.

.....

57 De acordo com o artigo 368-A do Código Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 06/05/2024.

58 Nos termos do artigo 368-A, item n.º 12, do código Penal português, “a pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 6 maio 2024.

5.4. ESPANHA

De forma similar ao ordenamento jurídico português, o Código Penal da Espanha preceitua, em seu artigo 301, item n.º 1, que

quem adquirir, possuir, utilizar, converter ou transmitir bens, sabendo que estes têm origem em atividade criminosa, cometida por si ou por terceiro, ou praticar qualquer outro ato para ocultar ou dissimular a sua origem ilícita, ou para ajudar a pessoa que participou da infração ou infrações a evitar as consequências jurídicas de seus atos, será punido com pena de prisão de seis meses a seis anos e multa de uma a três vezes o valor do imóvel.⁵⁹

Conforme se verifica, o referido dispositivo legal trata do crime de lavagem de capitais (*blanqueo de capitales*) que pune qualquer pessoa, inclusive o autor da infração penal antecedente – por meio da elementar do tipo penal “por si ou por terceiro” – pela prática de ato com a finalidade de ocultação ou dissimulação da origem ilícita de bens provenientes de atividade criminosa. Desse modo, o legislador espanhol também optou pela possibilidade de punição da autolavagem, já que o próprio dispositivo legal que prevê o delito de lavagem de capitais inclui, na adequação típica imediata da conduta, o autor da infração penal antecedente.

5.5. ALEMANHA

Inicialmente, o sistema jurídico penal alemão vedava a punição do autor do crime antecedente pela prática do delito de branqueamento de dinheiro. No entanto, em observância às diretrizes de prevenção e combate à lavagem de capitais estabelecidas nas convenções internacionais, a Alemanha aperfeiçoou a sua legislação penal inserindo no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) a possibilidade de punição da autolavagem.

Nesse sentido, ao dispor sobre o delito de lavagem de capitais (*Geldwäsche*) na seção § 261 do StGB, o legislador alemão determinou expressamente, em seu item n.º 7, que o autor da infração penal antecedente poderá ser punido pela prática do crime de branqueamento de dinheiro, isto é, autolavagem, desde que haja a reinserção, na economia, dos bens e/ou valores, de forma a ocultar a sua origem

59 De acordo com o artigo 301, item n.º 1 do Código Penal espanhol: “El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes”. Disponível em: <<https://www.boe.es/>>. Acesso em: 2 jun. 2024.

ilícita.⁶⁰

Diante disso, pode-se afirmar que o critério adotado pelo legislador alemão para possibilitar a punição pelo cometimento do crime de autolavagem se compatibiliza com o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros, no sentido de viabilizar a punição do autobranqueamento, desde que comprovada a prática de atos de ocultação e/ou dissimulação autônomos e subsequentes à prática da infração penal antecedente com o fim de mascarar a origem ilícita dos bens e/ou valores provenientes de atividade criminosa.

6. A LEGALIDADE E A PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL COMO SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA CRIMINALIZAÇÃO DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS NA ITÁLIA

Deixou-se por último a análise do sistema jurídico penal italiano, não somente por conta do detalhamento específico a respeito da criminalização autônoma do delito de autolavagem (*autoriciclaggio*), como também em razão de ser, em nosso entendimento, a solução adotada mais adequada para o tema do autobranqueamento de capitais, sob a ótica da legalidade e da proporcionalidade da intervenção penal estatal.

Nos últimos anos, ocorreram alterações significativas na legislação italiana relativa à prevenção e ao combate à lavagem de dinheiro. Na realidade, após intensa divergência doutrinária e jurisprudencial, o legislador italiano se convenceu da necessidade de introduzir o crime autônomo de autobranqueamento no sistema jurídico italiano. A introdução do novo delito atendeu às diretrizes estabelecidas tanto nas convenções internacionais quanto nas recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI).

O GAFI é o único órgão que se ocupa, de forma exclusiva e especializada, do desenvolvimento de uma estratégia de combate ao branqueamento de capitais em nível internacional. É um órgão intergovernamental criado em 1989 que tem por finalidade a promoção de estratégias de combate ao branqueamento de capitais proveniente de origem ilícita e ao financiamento do terrorismo.

A ação desse organismo internacional é realizada por meio de “recomendações”⁶¹ que definem as medidas que os países devem adotar para combater eficazmente a lavagem de capitais e o financiamento do terrorismo. Inclusive, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e o Conselho de Segurança

60 Nos moldes da seção 261 (§ 261), item n.º 7 do Código Penal da Alemanha (StGB), que dispõe sobre o crime de lavagem de capitais (*Geldwäsche*), “*Wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist, wird nach den Absätzen 1 bis 6 nur dann bestraft, wenn er den Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert*”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>>. Acesso em: 24 jun. 2024

61 Tais recomendações podem ser consultadas em: <<https://www.fatf-gafi.org>>.

da ONU já reconheceram oficialmente tais recomendações como padrões internacionais a serem seguidos.

Nesse sentido, cerca de 150 países, inclusive a Itália, comprometeram-se a respeitar e a observar as recomendações do GAFI, que, apesar de não serem vinculativas do ponto de vista jurídico (*Soft Law*), acabaram por se estabelecer como uma espécie de padrão internacional no âmbito da lavagem de capitais.

Em busca desse propósito, qual seja, o de aumentar a eficácia da prevenção e repressão ao crime organizado e, conseqüentemente, do branqueamento de capitais proveniente de suas atividades ilícitas, o legislador italiano, visando adequar o seu sistema jurídico penal às diretrizes estabelecidas pelo GAFI, alterou o Código Penal da Itália⁶², inserindo o artigo 648-ter.1, parágrafo 1º, que normatizou expressamente a modalidade específica de lavagem de capitais conhecida como “autolavagem” ou “autobranqueamento”⁶³, que pune com prisão de dois a oito anos e multa de 5.000 a 25.000 euros

quem, tendo cometido ou contribuído para a prática de um crime, empregar, substituir, transferir, em atividades econômicas, financeiras, empresariais ou especulativas, o dinheiro, bens ou outros benefícios decorrentes da prática deste crime, de modo a dificultar concretamente a identificação da sua origem criminosa.⁶⁴

Portanto, o legislador italiano, com a introdução do referido artigo 648-ter.1, parágrafo 1º, no Código Penal, tipificou expressamente uma nova modalidade de crime de lavagem de dinheiro, qual seja, a autolavagem (*autoriciclaggio*), de forma autônoma em relação aos demais casos de branqueamento e utilização de capitais ilícitos previstos nos artigos 648-bis e 648-ter do Código Penal, relativos às condutas praticadas por sujeitos que não cometeram nem contribuíram para a prática do crime antecedente, sendo estes últimos punidos com maior severidade, ou seja, quatro a doze anos de prisão e multa que

62 Nos termos das alterações do Código Penal italiano que foram realizadas pela Lei n.º 186, de 15 de dezembro de 2014, e Decreto Legislativo n.º 195, de 8 de novembro de 2021.

63 Para fins de esclarecimento prático sobre a configuração do crime de autolavagem, menciona-se o acórdão da Segunda Seção Criminal do Tribunal de Cassação da Itália, de 13 de julho de 2022, que declarou que a conduta do autor do crime presumido de fraude, que utiliza os valores que lhe são creditados pela vítima, transferindo-os de forma on-line para uma conta registrada em nome do autor do crime antecedente, com o objetivo de troca dos valores auferidos ilicitamente em bitcoins, constitui crime de autolavagem nos termos do artigo 648-ter do Código Penal italiano.

64 Segundo o artigo 648-ter.1, parágrafo 1º, do Código Penal italiano, “*Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa*”. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it>>. Acesso em: 1º jun. 2024.

varia entre 5.000 e 25.000 euros.⁶⁵

Dessa maneira, enquanto a modalidade comum do crime de lavagem de capitais é punida com pena de prisão de quatro a doze anos e multa entre 5.000 e 25.000 euros, o autobranqueamento (*autoriciclaggio*) é sancionado com penas menos severas, a depender da gravidade do crime antecedente.

Essa “gravidade” do crime é mensurada de acordo com a quantidade de pena em abstrato cominada para o delito antecedente. Assim, se o crime antecedente for punido com pena cominada máxima de prisão inferior a cinco anos, a pena por autobranqueamento é reduzida para dois a oito anos de prisão, juntamente com a multa, que passa a ser de 2.500 a 12.500 euros.⁶⁶

Já o artigo 648-ter.1, parágrafo 2º, do Código Penal italiano prevê modalidade privilegiada do crime de autolavagem, dispondo que a pena é de prisão de um a quatro anos e multa de 2.500 a 12.500 euros, quando o fato criminoso envolver dinheiro ou coisas resultantes de infração penal punida com pena de prisão máxima de um ano ou mínima de seis meses.⁶⁷

Há ainda, no artigo 648-ter, parágrafo 3º, do Código Penal italiano, previsão legal de causa de diminuição de pena do crime de autobranqueamento quando o fato delituoso envolver dinheiro, bens ou outros benefícios que provierem de crime antecedente cuja pena de prisão seja inferior a cinco anos, no máximo.⁶⁸

Constata-se, de forma clara e cristalina, que a lógica relativa à diferenciação no regime sancionatório da autolavagem no sistema jurídico italiano encontra a sua razão de ser na circunstância de a pena por autobranqueamento ser cumulativa com a prevista para o crime antecedente ou, em outras palavras, em virtude da incidência do concurso material de crimes, com o inevitável afastamento do princípio da consunção.

Justamente por essa razão é que a redação dos artigos 648-bis (lavagem de capitais) e 648-ter.1

65 A modalidade comum do crime de lavagem de capitais, que é o ilícito penal de branqueamento praticado por pessoas que não cometeram nem contribuíram para o cometimento do delito antecedente, encontra-se prevista no artigo 648-bis do Código Penal italiano da seguinte forma: “*Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 5.000 a euro 25.000*”. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it>>. Acesso em: 1º jun. 2024.

66 De acordo com o artigo 648-ter 1, parágrafo 2º, do Código Penal italiano, “*La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi*”. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it>>. Acesso em: 1º jun. 2024.

67 Nos moldes do artigo 648-ter.1, parágrafo 3º, do Código Penal italiano, “*La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi*”. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it>>. Acesso em: 1º jun. 2024.

68 Nos moldes do artigo 648-ter.1, parágrafo 3º, do Código Penal italiano, “*La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni*”. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it>>. Acesso em: 1º jun. 2024.

(autolavagem) do Código Penal italiano estipulam penas diversas, de modo a prestigiar a legalidade e, ao mesmo tempo, a proporcionalidade do grau de intervenção penal estatal, em virtude da existência de um liame tênue entre a prática do crime antecedente e a lavagem de capitais, quando o autor de ambos os delitos é o mesmo agente.

A nosso sentir, a escolha do legislador italiano no tocante à distinção das penas relativas à lavagem e utilização de capitais ilícitos (artigos 648-bis e 648-ter) e à autolavagem (artigo 648-ter.1) foi extremamente louvável, uma vez que a pena prevista para o crime principal precedente já possui, em si mesma, uma carga de punição pelo cometimento do delito subsequente de branqueamento, que, em alguns casos, como o de “mero uso ou gozo pessoal” da vantagem ilícita, pode ser englobada pelo princípio da consunção, por ser considerado um mero exaurimento do crime antecedente (pós-fato impunível).

Contudo, pensa-se ser o modelo italiano a solução mais razoável para solucionar a celeuma jurídica sobre a possibilidade de punição da autolavagem, até porque, por conta da reconhecida autonomia inerente ao crime de lavagem de dinheiro, torna-se imprescindível punir o agente que praticou o delito antecedente tanto por este quanto pela prática subsequente de atos de branqueamento de capitais.

Por fim, não se pode deixar de mencionar o dispositivo legal relativo à adequação típica da conduta do agente ao tipo penal de autolavagem, que está positivado no artigo 648-ter.1, parágrafo 5º, do Código Penal italiano e exclui a configuração do delito de autobranqueamento para condutas cujo dinheiro, bens ou outros benefícios ilícitos se destinem ao “mero uso ou gozo pessoal”.⁶⁹

Com isso, respeita-se o princípio *ne bis in idem*, em virtude do qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime, sendo certo que, nessa hipótese, o “mero uso ou gozo pessoal” das vantagens auferidas ilicitamente seria considerado mero exaurimento do crime antecedente, constituindo-se em uma continuação natural deste e, consequentemente, tratando-se de pós-fato impunível.

No entanto, cabe ressaltar que parcela da doutrina italiana critica o teor do referido dispositivo legal, uma vez que o comportamento de fruição ou utilização do produto do crime antecedente pode se constituir não somente na verdadeira essência da reciclagem de capitais, como também pode se enquadrar na atividade de substituição ou transferência a que o legislador italiano se refere. Destarte, de acordo com essa perspectiva, o risco é o de se ter adotado, no Código Penal italiano, uma previsão legal expressa sobre um tema de difícil interpretação para os operadores do Direito, principalmente para os

69 Nos termos do artigo 648-ter.1, parágrafo 5º, do Código Penal italiano, “*Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale*”. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it>>. Acesso em: 1º jun. 2024.

magistrados que julgarão o autolavador.⁷⁰

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrermos, *en passant*, por variados sistemas jurídicos penais da atualidade, restou comprovado, claramente, que a tendência contemporânea global tem se inclinado no sentido da possibilidade de punição da autolavagem como um delito autônomo em relação à infração penal antecedente, quando ambas as normas incriminadoras são violadas pelo mesmo agente.

Como ressaltado ao longo do presente estudo, o Brasil ratificou três Convenções internacionais (Viena, Palermo e Mérida), que têm por finalidade a prevenção e o combate à lavagem de capitais oriunda da ocultação e/ou dissimulação da origem ilícita do produto auferido com a prática de atividades criminosas.

Nesse contexto, pontuamos que as diretrizes estabelecidas nos mencionados pactos internacionais, além das recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), permitem a punição da autolavagem, salvo se o país signatário adotar exceção expressa em seu ordenamento jurídico doméstico, o que, até a presente data, não aconteceu na legislação brasileira.

Consequentemente, diante da omissão da Lei n.º 9.613/98, conclui-se intuitivamente que a autolavagem é punível, por ser um crime autônomo, isto é, totalmente independente da infração penal antecedente. Apesar do silêncio do legislador pátrio, os Tribunais Superiores cancelam a possibilidade de ocorrência de concurso de crimes entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de capitais, não havendo que se falar em afronta ao princípio do *ne bis in idem*.

Registra-se, contudo, que o princípio da legalidade vigora no Brasil desde a Constituição do Império, de 1824⁷¹, sendo certo que a sua incidência adquire maior proeminência ainda quando o tema é afeto ao ramo jurídico do Direito Penal. Nesse caso, pensamos ser recomendável que os posicionamentos consolidados pela jurisprudência pátria, no que tange à possibilidade de punição da autolavagem de capitais, sejam observados pelo legislador brasileiro, por meio da criminalização autônoma do delito de autolavagem, como uma modalidade específica do tipo penal de lavagem de dinheiro, previsto no artigo 1º da Lei n.º 9.613/98.

70 Segundo Razzante, as fronteiras interpretativas entre os conceitos de “mero uso” ou “gozo pessoal” não punível – e “uso em atividades econômicas e especulativas” – punível – são opacas. Na verdade, mesmo que o autor de um crime antecedente decida, por exemplo, utilizar o produto para a compra de bens imóveis, talvez registrando-os em nome de terceiros, seria difícil excluir *tout court* o potencial de branqueamento. RAZZANTE, Ranieri. **Manuale di legislazione e prassi dell'antiriciclaggio**. Torino: Giappichelli, 2023. p. 14

71 Nos moldes do artigo 179, inciso I, da Constituição do Império (1824), que, ao dispor sobre as garantias asseguradas aos cidadãos brasileiros, preceituava que “*Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei*”. Redação original do dispositivo constitucional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 3 jun. 2024.

Com base na análise até aqui realizada, no tocante aos sistemas jurídicos penais contemporâneos, constatou-se que países como Portugal, Espanha, Alemanha e Itália vêm prestigiando o princípio da legalidade ao ressaltar expressamente em suas respectivas legislações internas a possibilidade de punição da autolavagem, seja por intermédio da inserção da elementar “por si ou por terceiro” no próprio tipo penal de lavagem de dinheiro, seja pela criação legislativa de uma nova modalidade de branqueamento de capitais, que é a autolavagem, a exemplo do crime de *autoriciclaggio*, previsto no artigo 648-ter.1 do Código Penal italiano.

Seguindo essa linha de raciocínio, sugere-se a adoção do modelo italiano pelo legislador pátrio. A necessidade e a conveniência da implementação concreta da tipificação expressa do delito de autolavagem na Lei n.º 9.613/98 originam-se na observância irrestrita dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não apenas sob o viés do princípio da legalidade, mas também quanto à proporcionalidade dos limites da intervenção penal estatal.

Quando falamos em proporcionalidade dos limites da intervenção penal estatal, temos o objetivo de louvar a iniciativa italiana, pois, ao criminalizar de maneira autônoma o delito de *autoriciclaggio*, tendo em vista o intenso embate jurídico que girava em torno da possibilidade de punição do autobranqueamento de capitais, foi, a nosso ver, extremamente sensata, ao diferenciar as penas mínimas e máximas cominadas para lavagem de dinheiro e autolavagem, normatizando especificamente a nova modalidade de crime, inclusive com hipóteses já acolhidas pela jurisprudência consolidada sobre o tema.

Enfim, em pleno século XXI, na era da tecnologia, os integrantes das organizações criminosas podem realizar operações financeiras de expressivas quantias auferidas ilicitamente com “somente um clique”, razão pela qual se apresenta esta contribuição para o aperfeiçoamento constante e progressivo da legislação brasileira relativa à lavagem de capitais, nos moldes dos sistemas jurídicos penais de países mais avançados que o Brasil, notadamente no que diz respeito à temática da criminalização autônoma da autolavagem.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos - arts. 155 a 212, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022A.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, 4ª edição. Navarra: Arazandi, 2015.

BROETO, Filipe Maia. Lineamentos sobre a (a) tipicidade do crime de autolavagem na ordem jurídica brasileira. *In: Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, volume 9, ano 3, janeiro/ março, p. 117-149, 2022.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**, 2ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2017.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CARPIO DELGADO, Juana del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal**. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, p. 476-477. Disponível em: <<https://idus.us.es/handle/11441/97052>>.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal, Parte Geral**, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Flavio Antonio. **O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória**. 2014. Tese (doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2014.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro. *In: Revista Jurídica Delictae*, Volume 3, n.º 4, Janeiro/Junho, 2018, p. 193-253.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro. *In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 147-169.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, volume 18, n.º 74, p. 7-49, 2019.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, DOI:10.31009/InDret.2021.i1.07, 2021, p. 203-227. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1606.pdf>>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Legislação Criminal Especial Comentada**. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MATSUDA, Rosemeire Kiyoko. **Money Laundering in Brazil and in the United States**. 2007. Disponível em: <<https://www2.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2007/Rosemeire.pdf>>.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**, 4ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2018.

PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAZZANTE, Ranieri. **Manuale de legislazione e prassi dell'antiriciclaggio**. Torino: Giappichelli, 2023.

RENART GARCÍA, Felipe. El blanqueo de capitales en el derecho suizo. *In*: **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n.º 50, 2º trimestre, 1998, p. 119-165.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**, Tomo I. 2ª edição. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte geral. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva; PAULA, Marco Aurélio Borges de. Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. *In*: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. **Lavagem de dinheiro e injusto penal**: análise dogmática e doutrina comparada luso- brasileira. Curitiba: Juruá, 2009.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais**: fundamentos e controvérsias. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n.º 7.209, de 11/07/1984, e com a Constituição Federal de 1988. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOBRE O AUTOR

Pedro Eularino Teixeira Simão: Doutorando em Direito Penal na UERJ. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Lisboa (ULisboa). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro do GAECO.

COMPLIANCE PÚBLICO COMO MECANISMO ANTICORRUPÇÃO E PREVENÇÃO DE ILÍCITOS NA GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

PUBLIC COMPLIANCE AS AN ANTI-CORRUPTION MECHANISM AND PREVENTION OF ILLICIT ACTS IN PUBLIC SECURITY MANAGEMENT

Nayanne Lays de Oliveira Lima

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar, por meio de estudo de caso, a atuação e a gestão contratual da Segurança Pública na aquisição de bens e serviços e os fatores de risco que podem expor a gestão contratual a diversas fraudes, diante de desvios de conduta, falta de controle e fiscalização desses contratos. A implantação de programas de integridade e da cultura do *compliance* tem se mostrado necessária como mecanismos anticorrupção e prevenção de ilícitos na atuação administrativa da corporação. É por meio do Programa de *Compliance* Público (PCP) da Polícia Civil do Estado de Goiás, instituído pelo Decreto Estadual n.º 9.406/2019, que o trabalho busca trazer caminhos para um modelo concreto de implementação desses mecanismos, oferecendo subsídios teóricos e práticos para a consolidação de uma cultura de integridade em setores estratégicos do Estado. A relevância social decorre do impacto direto que os programas de *compliance* exercem sobre a eficiência da gestão pública e a proteção do interesse coletivo. Dessa forma, a implementação do *compliance* em licitações e contratos, na Segurança Pública, contribui para enfrentar vulnerabilidades, reduzir riscos de corrupção e fortalecer a eficiência das políticas públicas. A experiência da Polícia Civil de Goiás comprova a viabilidade da institucionalização de estruturas de integridade, servindo de referência para replicação nacional e para a consolidação de uma cultura de ética, de transparência e de governança no setor.

Palavras-chave: *Compliance* público. Anticorrupção. Segurança Pública. Programas de integridade. Prevenção.

Abstract: *The aim of this article is to analyze, through a case study, the performance and contractual management of Public Security in the procurement of goods and services, as well as the risk factors that may expose contractual management to various forms of fraud, in light of misconduct, lack of control, and insufficient oversight of such contracts. The implementation of integrity programs and a compliance culture has proven necessary as anti-corruption mechanisms and as means of preventing illicit acts in the administrative activities of the corporation. Through the Public Compliance Program (PCP) of the Civil Police of the State of Goiás, established by State Decree No. 9.406/2019, this study seeks to present pathways for a concrete model for implementing these mechanisms, providing both theoretical and practical support for*

the consolidation of a culture of integrity in strategic sectors of the State. The social relevance lies in the direct impact that compliance programs have on the efficiency of public management and the protection of the collective interest. Thus, the implementation of compliance in public procurement and contracts within Public Security contributes to addressing vulnerabilities, reducing corruption risks, and strengthening the efficiency of public policies. The experience of the Civil Police of Goiás demonstrates the feasibility of institutionalizing integrity structures, serving as a reference for national replication and for consolidating a culture of ethics, transparency, and governance in the sector.

Keywords: Public compliance. Anti-corruption. Public security. Integrity programs. Prevention.

Sumário: 1. Introdução; 2. A atividade administrativa da Segurança Pública: gestão de contratos para aquisição de bens e serviços; 3. Desvios de conduta interna e a atuação do controle externo realizada pelo Ministério Público; 4. Programas de integridade e a cultura do *compliance*: mecanismos anticorrupção na prevenção de ilícitos; 5. Um estudo de caso do modelo de integridade da Polícia Civil de Goiás; 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Segurança Pública é uma das áreas sensíveis da Administração Pública, pois, além da preservação da ordem expressa no *caput* do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, envolve vultosos contratos para aquisição de veículos, material bélico, equipamentos de proteção e sistemas de tecnologia, a fim de que seja possível combater de forma ética e eficiente a criminalidade. Essa realidade apresenta fatores de risco que podem expor a gestão contratual a diversas fraudes, em razão de desvios de conduta e da falta de controle e fiscalização desses contratos.

Diante desse cenário, o presente artigo busca trazer relevância científica, contribuindo para o aprimoramento da doutrina que estuda questões relacionadas à implantação do *compliance* público e a importância da governança na Administração Pública, com especial enfoque na gestão da Segurança Pública, uma área ainda pouco explorada sob a ótica da integridade institucional.

O objetivo nuclear da pesquisa é analisar os principais fatores de risco de corrupção relacionados à atividade-meio das polícias, discutir o papel do *compliance* como mecanismo anticorrupção e propor um modelo de integridade adaptado à gestão contratual, tomando como exemplo a experiência da Polícia Civil do Estado de Goiás (PCGO).

O estudo possui natureza qualitativa e descritivo-analítica, buscando compreender de que forma o *compliance* público tem contribuído para a prevenção de ilícitos na gestão contratual da Segurança Pública, por meio da integração entre ética, transparência, responsabilização e gestão de riscos. Vale

observar, também, como uma boa gestão contratual, por meio da prevenção e de mecanismos que garantam maior segurança jurídica e transparência na atividade administrativa, reflete na atividade-fim da polícia, que é a preservação da ordem e a garantia da segurança da coletividade de forma mais efetiva.

A análise foi fundamentada em fontes normativas, relatórios institucionais e dados secundários disponibilizados pela Polícia Civil e por órgãos de controle. Essa abordagem permite articular teoria e prática, de modo a produzir uma generalização analítica (e não estatística), conforme propõem Yin (2001) e Almeida (2016), identificando mecanismos e dinâmicas que podem operar de forma semelhante em outros órgãos da Administração Pública.

Nesse contexto, adota-se, como procedimento de pesquisa, o estudo de caso da experiência de Goiás, por se tratar de uma estratégia de pesquisa que permite analisar em profundidade um fenômeno contemporâneo em seu contexto real, como no caso da possibilidade de implantação do *compliance* público como mecanismo anticorrupção e prevenção de ilícitos na gestão contratual da Segurança Pública.

De modo convergente, Stake (2000) observa que o estudo de caso possibilita compreender a singularidade de uma situação específica, sem afastá-la das suas interações com o ambiente institucional e social. Trata-se, portanto, de uma estratégia com pretensões holísticas, voltada a captar as múltiplas dimensões de um fenômeno (ALMEIDA, 2016). Assim, optou-se por adotar como unidade de análise o Programa de *Compliance* Público (PCP) da Polícia Civil do Estado de Goiás, instituído pelo Decreto Estadual n.º 9.406/2019, considerado um caso emblemático da aplicação de mecanismos de integridade e governança na área da Segurança Pública. A escolha desse caso justifica-se pela sua relevância prática e institucional, bem como pelo potencial de revelar elementos estruturais replicáveis em outros contextos administrativos.

Ao adotar o estudo de caso do mencionado programa, o artigo aprofunda a análise empírica de um modelo concreto de implementação de mecanismos anticorrupção, oferecendo subsídios teóricos para a consolidação de uma cultura de integridade em setores estratégicos do Estado. A relevância social decorre do impacto direto que os programas de *compliance* exercem sobre a eficiência da gestão pública e a proteção do interesse coletivo.

Desse modo, o artigo iniciará abordando pontos relacionados à atividade administrativa quanto à gestão contratual para aquisição de bens e serviços, o que nos leva, em seguida, à análise quanto aos desvios de conduta interna e à atuação de controle externo realizada pelo Ministério Público. Por fim, e por meio desse percurso, apresentam-se os programas de integridade e a cultura do *compliance* como mecanismos anticorrupção, trazendo o modelo de integridade implementado pela Polícia Civil de Goiás para verificar se essa implantação também produz reflexos na atuação finalística policial, finalizando com a sistematização dos resultados apresentados no artigo, bem como as contribuições, limitações do estudo e sugestões para pesquisas futuras de aprofundamento sobre a temática.

2. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DA SEGURANÇA PÚBLICA: GESTÃO DE CONTRATOS PARA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS

A Segurança Pública, além da preservação da ordem expressa no *caput* do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, também exerce atividades de gestão ao envolver contratos para aquisição de veículos, armas, instrumentos de menor potencial ofensivo, equipamentos de proteção e sistemas de tecnologia, a fim de possibilitar o combate de forma ética, eficiente e efetiva à criminalidade. Essa realidade apresenta fatores de risco que podem expor a gestão contratual a diversas fraudes, diante de desvios de conduta, falta de controle e fiscalização desses contratos, bem como da atuação de profissionais sem a devida capacitação.

As contratações realizadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública inserem-se em um modelo que busca compatibilizar a eficiência administrativa com o fortalecimento dos mecanismos de transparência e controle social, em consonância com a transparência ativa prevista na Lei de Acesso às Informações Públicas (Lei nº 12.527/2011). Todavia, a opção pela gestão descentralizada das contratações, embora justificada pelas especificidades das atividades finalísticas e pela organização interna dos órgãos, revela desafios estruturais à padronização de procedimentos e à uniformidade interpretativa do novo regime jurídico.

Como assinala Floriano de Azevedo Marques Neto (2020, p. 213-218), a descentralização administrativa, quando desacompanhada de mecanismos efetivos de coordenação e governança, tende a ampliar assimetrias decisórias e riscos de fragmentação institucional, o que tensiona a própria racionalidade pretendida pela nova legislação.

A gestão das contratações públicas, no contexto da Lei n.º 14.133/2021, assume centralidade como instrumento de concretização dos princípios constitucionais da Administração Pública e de melhor racionalização do uso dos recursos públicos. Ao regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos promove uma inflexão relevante em relação ao modelo anterior, ao deslocar o foco do controle meramente procedimental para uma lógica de planejamento, governança e gestão de riscos, conforme destacado por Marçal Justen Filho (2021, p. 85-90), para quem a eficiência contratual passa a ser indissociável da adequada estruturação prévia da contratação.

Ainda no que se refere à aplicação da lei na gestão contratual das instituições públicas, Rafael Oliveira (2022, p. 41-45) observa que a Lei n.º 14.133/2021 reforça a dimensão estratégica das contratações públicas, atribuindo-lhes papel instrumental na consecução das políticas públicas, e não apenas na satisfação imediata de demandas administrativas, representando uma preocupação que vai além disso. Essa lei surge como a perspectiva de ser um novo marco legal para as contratações públicas, inclusive trazendo exigências relacionadas à governança, que não se limitam às contratações públicas, mas também compreendem atividades estratégicas decisivas para o alcance de resultados satisfatórios pelos órgãos e entidades públicas.

No intuito de promover melhor planejamento e resultados mais eficientes, a Comissão de Segurança Pública da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei n.º 17/20 (CÂMARA, 2023), que cria uma nova categoria de contratação de produtos e serviços por licitação, a chamada compra nacional, que deverá ser adotada, preferencialmente, para a aquisição de armas, munições e outros equipamentos de segurança pública relacionados às ações da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), inclusive para atender às demandas de estados e municípios. O projeto possui como objetivo a centralização das aquisições de armas em um único órgão, que, posteriormente, as distribuirá entre os entes federativos, buscando a melhoria da eficiência das compras públicas.

Ao analisar a aplicação da atividade de gestão contratual, no setor da Segurança Pública, é possível observar o envolvimento de vultosos contratos para aquisição de bens, assim como de serviços de inteligência e *softwares* para o combate à criminalidade, com o objetivo de viabilizar sua atividade-fim de forma cada vez mais eficiente e efetiva perante a sociedade. Dessa maneira, ao adquirir produtos e serviços para sua atividade finalística, a Segurança Pública precisa se preocupar com o planejamento e observar o controle de qualidade desses equipamentos, uma vez que estão diretamente relacionados à saúde e à segurança de seus profissionais e da população.

Igualmente importante, vale ressaltar que a gestão contratual está intimamente relacionada ao compromisso com a legalidade, a transparência e o princípio da economicidade na aquisição de equipamentos que são considerados essenciais para a excelência dos serviços de segurança prestados a toda a sociedade.

Para Cristiana Fortini e Rafael Amorim (2021), a alta administração dos órgãos e entidades deve promover a implementação de gestão de competências, o que exige uma avaliação da estrutura de recursos humanos; a identificação das competências necessárias para cada função; a definição clara das responsabilidades e dos papéis a serem desempenhados; e, por fim, a seleção e a designação de agentes públicos que tenham conhecimento, habilidades e atitudes compatíveis, sem prejuízo da necessidade de qualificação constante desses servidores.

Nesse contexto, ainda vale salientar que, segundo recomendação do Comitê de Governança Pública da OCDE (2015) em contratações públicas, é essencial que os países se comprometam com profissionais com elevados padrões de conhecimento, implementação prática e integridade que demonstrem qualidade e competências para as contratações públicas, sendo observadas normas de integridade para os funcionários afetos à contratação pública.

Vale ressaltar que, em conjunto com essas exigências a serem observadas, o papel do planejamento na área das contratações se mostra de suma importância, por permitir a identificação de riscos e a elaboração de estratégias, sendo o planejamento a forma de promover uma otimização e a racionalização dos recursos empregados. Para além disso, a Lei n.º 14.133/2021 também se preocupou em incorporar recursos de tecnologia da informação e comunicação às contratações públicas, superando o

paradigma analógico, trazendo maiores oportunidades de competição nos certames, mitigando riscos de fraudes, fornecendo maior transparência na execução dos contratos e, principalmente, potencializando o controle social (FORTINI; AMORIM, 2021).

Assim, as contratações no âmbito da Segurança Pública precisam ser bem planejadas, contar com funcionários constantemente capacitados e prover bens e serviços de forma célere, íntegra, econômica, eficiente e sustentável, de modo a materializar políticas públicas cada vez mais efetivas para a população, ressaltando a prevenção de ilícitos e o respeito aos princípios constitucionais e administrativos que regem a gestão pública e contratual.

3. DESVIOS DE CONDUTA INTERNA E A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quando falamos em contratações relacionadas à atividade-meio das instituições policiais, verifica-se que esta concentra alguns potenciais e principais riscos, uma vez que envolve vultosos contratos na aquisição de bens e serviços. Tratam-se de condutas internas que podem decorrer por favorecimento de fornecedores, direcionamento de editais, superfaturamento e ausência de fiscalização adequada na fase de execução contratual. Esses fatores, somados a controles internos deficitários e a uma cultura institucional nem sempre voltada à integridade, criam condições favoráveis para ilícitos que fragilizam a eficiência das políticas públicas de segurança. Essa atividade requer controle e fiscalização, como toda atividade pública.

O controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público (MP), previsto expressamente no art. 129, VII, da Constituição Federal de 1988, constitui instrumento essencial de fiscalização democrática das instituições policiais, voltado à garantia da legalidade, da eficiência administrativa e da observância dos direitos fundamentais. Assim, o controle realizado pelo MP transcende o mero acompanhamento da persecução penal, alcançando aspectos estruturais e gerenciais da atuação policial, os quais influenciam diretamente a concretização da atividade-fim das corporações: a promoção da segurança pública.

Nesse contexto, pode-se afirmar que tal controle não se restringe à apuração de ilícitos ou abusos pontuais praticados por agentes policiais, mas abrange a análise sistêmica da gestão institucional, incluindo a organização interna, os fluxos decisórios, a alocação de recursos, a adoção de protocolos operacionais e a conformidade das práticas administrativas com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A atuação ministerial, portanto, incide sobre a qualidade da governança policial, reconhecendo que falhas estruturais e administrativas podem comprometer a efetividade da atuação ostensiva e investigativa, além de potencializar violações de direitos humanos.

Para o exercício dessa atribuição constitucional, o Ministério Público dispõe de um conjunto diversificado de instrumentos jurídicos e administrativos, tais como: inspeções e auditorias em unidades policiais; acesso irrestrito a estabelecimentos de custódia; poder de solicitar informações e documentos; acompanhamento e controle de investigações criminais; instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis; bem como a expedição de recomendações e a propositura de medidas judiciais.

Ademais, a criação de órgãos especializados no âmbito do Ministério Público, como promotorias e grupos de atuação voltados especificamente ao controle externo da atividade policial, contribui para uma atuação mais técnica, contínua e estratégica, alinhada às diretrizes fixadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente no âmbito da Resolução CNMP n.º 20/2007.

A relevância desse controle externo revela-se, ainda, na sua dimensão preventiva e indutora de políticas públicas. Ao identificar padrões de atuação disfuncionais, práticas reiteradas de abuso ou deficiências na gestão policial, o Ministério Público pode atuar de forma propositiva, estimulando a adoção de medidas corretivas, a reformulação de procedimentos e o aprimoramento das políticas de segurança pública.

Nessa senda, o controle externo assume caráter pedagógico e estruturante, contribuindo para a profissionalização das corporações policiais, para o fortalecimento institucional do sistema de segurança, bem como para o aprimoramento do planejamento estratégico de suas contratações e do manejo dos recursos públicos.

Sob essa perspectiva, a forma de controle da atividade policial configura-se como mecanismo de *accountability* democrática, essencial à consolidação do Estado Democrático de Direito, uma vez que a obtenção de controle social efetivo da ação do Estado decorre de uma cidadania organizada, havendo clara relação entre esse mecanismo e a participação social.

A ideia de *accountability*, trazida ao contexto contemporâneo, pode ser compreendida como o conjunto de elementos indicativos de transparência e controle social sobre a ação estatal. É possível afirmar que o seu sentido envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativa para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, bem como mecanismos de premiação e/ou sanção (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 1364).

Ao submeter a atuação policial, tradicionalmente marcada por elevado grau de discricionariedade e uso legítimo da força, a um controle independente e constitucionalmente legitimado, o Ministério Público atua como garantidor dos direitos humanos, tanto dos cidadãos submetidos à ação estatal quanto dos próprios agentes policiais, assegurando que a atuação institucional se desenvolva dentro dos limites legais e constitucionais.

Assim, ao incidir sobre a gestão policial e sobre a conformidade das práticas institucionais, o controle externo exercido pelo Ministério Público não enfraquece a atuação das polícias, mas, ao contrário,

contribui para seu aprimoramento, legitimidade social e eficácia operacional, refletindo positivamente na consecução de sua finalidade maior, qual seja, a promoção de uma segurança pública eficiente, transparente e comprometida com o manejo dos recursos públicos e com a dignidade da pessoa humana.

Logo, a função preventiva e a aplicação de mecanismos aptos a prevenir desvios de conduta interna nas polícias, bem como combater a improbidade e a corrupção na gestão pública, são de suma relevância, pois asseguram maior eficiência e responsabilidade no uso de recursos, no desenvolvimento de políticas públicas de segurança e na atuação de agentes mais comprometidos com a oferta de serviços de qualidade à população.

4. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E A CULTURA DO *COMPLIANCE*: MECANISMOS ANTICORRUPÇÃO NA PREVENÇÃO DE ILÍCITOS

Os programas de integridade e de *compliance* público surgem como instrumentos preventivos para assegurar maior transparência, eficiência e responsabilidade no uso dos recursos, sendo imprescindível analisar os principais fatores que podem levar a maiores riscos de corrupção na atividade-meio das polícias, observando-se o *compliance* como mecanismo anticorrupção e modelo de integridade na gestão contratual.

O *compliance* público, normatizado em diplomas como a Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013), a nova Lei de Licitações e Contratos (BRASIL, 2021) e o Decreto sobre Política de Governança (BRASIL, 2017), representa uma resposta preventiva e estrutural. Sua implementação envolve mapeamento e gestão de riscos, *due diligence* de fornecedores, planos de integridade setoriais, canais de denúncia, auditorias e monitoramento contínuo. A adoção dessas práticas está em consonância com metodologias propostas pela Controladoria-Geral da União (2018), que orienta órgãos públicos na estruturação de programas de integridade. Além disso, o Tribunal de Contas da União (2020) consolidou um referencial específico de combate à fraude e à corrupção, aplicável a entidades públicas, reforçando a necessidade de controles estruturais voltados à gestão contratual.

A Lei Anticorrupção trouxe um arcabouço normativo para a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, nacionais ou estrangeiras, no âmbito civil e administrativo por práticas de atos lesivos ao patrimônio público e à Administração Pública.

O termo *compliance* tem origem no verbo inglês *to comply* e pode ser definido como “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório” (COIMBRA; MANZI, 2010).

Ao abordar a implementação de programas de integridade e do *compliance* público, bem como a importância da prevenção de ilícitos na gestão contratual e administrativa das instituições policiais, é

possível observar o comprometimento da corporação, que se inicia nas altas instâncias de decisão e se projeta até a operação administrativa cotidiana. Ainda assim, apesar da extrema relevância de condutas como essas, relacionadas à alta instância, os programas de integridade devem conter diretrizes internas, procedimentos e ações que tenham por objetivo prevenir e reprimir atos contrários à lei, bem como estabelecer sistemas de educação e treinamento sistematizados e contínuos.

As regras sobre *compliance* contidas na Lei Anticorrupção, detalhadas pelo Decreto n.º 8.420/2015 e por normas estaduais, têm por objetivo incentivar as empresas e, no caso em apreço, a Administração Pública, a investir em políticas de controle interno, mitigação de riscos e prevenção de condutas ilícitas. Tais políticas poderão promover uma gestão contratual e administrativa mais eficiente, transparente e confiável para a sociedade, refletindo nos serviços prestados à coletividade de forma mais efetiva.

A fiscalização possui um papel essencial, na medida em que, ao detectar irregularidades e condutas desviantes, deve promover a responsabilização e a penalização das condutas ilícitas apuradas, como traz o artigo 42, inciso XI, do Decreto Federal n.º 8.420/2015. Nesse sentido, a demonstração de repressão a comportamentos contrários à lei e a responsabilização dos servidores e terceiros envolvidos têm se mostrado caminhos eficazes para a prevenção de ilícitos, especialmente na Segurança Pública.

Segundo Célia Negrão e Juliana Pontelo (2014), o *compliance* assegura que os principais processos organizacionais ou processos críticos de determinada área sejam realizados em conformidade com todos os aspectos da legislação e da correta gestão organizacional. Entretanto, cada organização possui as suas peculiaridades relacionadas a procedimentos, questões políticas, práticas, de processos internos, entre outros aspectos, razão pela qual a forma de atuação da área de *compliance* deve estar adequada a essas especificidades. Tal aspecto pode ser observado no modelo implementado pela Polícia Civil de Goiás, cujo programa de integridade será brevemente analisado por meio do procedimento de estudo de caso.

5. UM ESTUDO DE CASO DO MODELO DE INTEGRIDADE DA POLÍCIA CIVIL DE GOIÁS

Um primeiro ponto a mencionar é que, ao abordar a necessidade de criação e desenvolvimento de um programa de *compliance*, deve-se observar as características específicas do setor de atuação, a sua estrutura e as áreas críticas que podem demonstrar maiores riscos à instituição.

Para que a instituição tenha as diretrizes de um programa de integridade, muitos setores públicos acabam por criar códigos de ética e/ou de conduta para positivar princípios, promover valores e refletir a identidade e a cultura organizacional, fundamentadas em responsabilidade, ética e considerações de ordem social e ambiental (CÓDIGO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2016, p. 57). São diretrizes como a observância de controles contábeis e de recursos públicos; política de contratação de

terceiros; política de preços e condições de pagamento; fiscalização e julgamento no caso de infração ao programa de integridade.

A adoção de políticas e procedimentos mostra-se como auxiliar na realização de controle interno de prevenção e identificação de irregularidades, mitigando diversos riscos. No setor de segurança, tais medidas podem mitigar irregularidades e fortalecer a confiança social na aplicação dos recursos públicos, prevenindo ilícitos e fortalecendo a governança pública.

Desde 2019, a corporação da Polícia Civil do Estado de Goiás instituiu o Programa de *Compliance* Público, estruturado em quatro eixos: ética, transparência, responsabilização e gestão de riscos. Além do programa, também criou os Comitês Setoriais e o Escritório Permanente de *Compliance* Público, com equipe multidisciplinar, o que permitiu operacionalizar práticas de integridade, alterar a cultura organizacional e reforçar os mecanismos de controle. Os resultados foram expressivos, com a obtenção do Selo Ouro de Transparência Pública, reconhecendo o avanço no monitoramento de riscos e na gestão ética.¹

Ao fortalecer práticas de transparência, ética e responsabilização, tais programas promovem o uso racional dos recursos públicos, ampliam a confiança social nas instituições e contribuem para a efetivação do princípio constitucional da moralidade administrativa. A redução de riscos de corrupção e fraudes em contratos da segurança pública reflete-se na melhoria da prestação dos serviços essenciais à população, especialmente no tocante à segurança e à proteção de direitos fundamentais.

Sob o aspecto institucional, o estudo reforça a importância da integração entre órgãos de controle e as corporações policiais, estimulando a adoção de mecanismos preventivos e estruturais de integridade.

Por meio do estudo de caso, a experiência da Polícia Civil de Goiás evidencia a adoção de um processo metodologicamente estruturado, participativo e alinhado às diretrizes nacionais e estaduais, bem como demonstra que é possível alinhar eficiência administrativa, controle interno e valores éticos por meio de uma governança orientada a resultados e à responsabilidade pública.

A análise propicia, ainda, um referencial para a replicação de boas práticas em outros entes federativos, contribuindo para a consolidação de políticas nacionais de integridade e fortalecimento da Administração Pública contemporânea, uma vez que, pensando em desenvolvimento e inovação na instituição, a Polícia Civil de Goiás, para oferecer serviços de excelência para a população, faz análise contínua do cenário atual e futuro para que possa definir metas, objetivos e ações que auxiliem na gestão e na tomada de decisões.

1 GOIÁS. Polícia Civil do Estado de Goiás. **Programa de Compliance Público**. Disponível em: <<https://www.policiacivil.go.gov.br/acesso-a-informacao/programa-de-compliance-publico-pcp/>>. Acesso em: 24 ago. 2025.

Ao pesquisar mais a fundo o Plano Estratégico do quinquênio de 2023/2027, já é possível perceber que há um amadurecimento da instituição em consolidar a cultura de planejamento para obter um crescimento de forma planejada e eficiente de sua corporação.

O planejamento foi desenvolvido em seis etapas integradas: diagnóstico, elaboração, validação, implantação, execução e monitoramento, iniciando-se com um diagnóstico abrangente que combinou levantamento bibliográfico de planos estratégicos de instituições congêneres, análise de políticas públicas vigentes e avaliação institucional interna, com ampla participação dos servidores por meio de instrumentos on-line e reuniões com gestores das áreas administrativa e operacional.

Foi utilizada a Matriz SWOT, que permitiu a sistematização dos fatores internos e externos, subsidiando a definição de diretrizes estratégicas consistentes. Na etapa de elaboração, procedeu-se à reavaliação da identidade estratégica da instituição, com a redefinição de missão, visão, valores e fatores críticos de sucesso, culminando na formulação de objetivos e iniciativas organizados em perspectivas estratégicas e sintetizados em um mapa estratégico.

A validação formal do conteúdo pelos membros estratégicos do grupo de trabalho conferiu legitimidade institucional ao plano, enquanto a implantação, por meio de normatização e ampla divulgação, assegurou a internalização do planejamento e o engajamento organizacional. Tal experiência demonstra que a combinação entre fundamentação técnica, participação institucional e alinhamento normativo constitui fator determinante para a efetividade do planejamento estratégico no setor público.

A fase de execução e monitoramento consolidou o caráter dinâmico e adaptativo do planejamento estratégico, ao estabelecer mecanismos permanentes de acompanhamento durante toda a vigência do plano. A operacionalização por meio de Planos de Ações Anuais, formalmente aprovados pela alta direção, permitiu a clara atribuição de responsabilidades e a vinculação direta entre objetivos estratégicos, iniciativas e resultados esperados.

Destaca-se, como elemento inovador do estudo de caso, a criação de indicadores estratégicos e metas específicas, monitorados de forma periódica por uma equipe técnica, o que assegurou maior precisão na avaliação do desempenho institucional. Ademais, a previsão de avaliações sistemáticas, conduzidas pela alta gestão em conjunto com a equipe responsável, possibilitou não apenas o controle da execução e o cumprimento das metas, mas também o realinhamento estratégico diante de mudanças no contexto socioeconômico e político, reforçando a efetividade, a flexibilidade e a sustentabilidade do planejamento estratégico adotado.

Nesse contexto, a articulação entre o planejamento estratégico institucional e a implementação do Programa de *Compliance* Público (PCP) representa uma convergência metodológica e normativa que fortalece a governança pública e a integridade organizacional da Polícia Civil de Goiás, sendo esta uma corporação modelo.

Enquanto o ciclo de planejamento estratégico delineou objetivos institucionais, indicadores e mecanismos de monitoramento para orientar a atuação policial de forma sistemática e participativa, o PCP aportou um conjunto de procedimentos e estruturas voltados à conformidade legal, à cultura ética, à transparência, à responsabilização e à gestão de riscos, alinhando a execução das ações estratégicas a padrões amplamente reconhecidos de governança pública e boas práticas administrativas. Essa integração efetiva entre os instrumentos estratégicos, sustentada pelos seis eixos prioritários do PCP e pela internalização de uma cultura de *compliance* que controla riscos e fomenta comportamentos compatíveis com os valores organizacionais, fortalece tanto a capacidade de realização dos objetivos estratégicos quanto a confiança social na instituição, configurando-se em exemplo de inovação na gestão pública no contexto goiano.

Observa-se, desse modo, que a implementação de um programa de *compliance* efetivo, além de mitigar riscos e prevenir prejuízos econômicos relevantes, tende a repercutir em uma atuação menos gravosa por parte de autoridades estatais na hipótese de ocorrência de infrações. Parte-se da premissa de que organizações que adotam medidas estruturadas de prevenção e combate à corrupção merecem tratamento sancionatório diferenciado, ao passo que aquelas que se omitem quanto à criação de mecanismos de controle interno e políticas de integridade devem ser submetidas a sanções mais severas.

Tal racionalidade se insere na denominada abordagem “cenoura e bastão” (*carrot-and-stick approach*), expressamente incorporada pela Lei Anticorrupção brasileira. Nos termos da legislação, as pessoas jurídicas que demonstrarem a efetividade de seus programas de integridade podem obter redução de um a quatro por cento no valor das multas aplicadas em decorrência de atos lesivos à Administração Pública, enquanto aquelas que deixam de adotar quaisquer medidas preventivas ficam sujeitas a um recrudescimento das sanções de natureza cível e administrativa previstas na Lei n.º 12.846/2013.

Dessa forma, a efetividade do *compliance* público exige a adaptação das boas práticas desenvolvidas no setor privado às especificidades do regime jurídico-administrativo, notadamente aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Entre os requisitos centrais, ressalta-se o comprometimento da alta administração, considerado elemento estruturante para a consolidação de uma cultura organizacional orientada pela integridade. A atuação ativa da liderança é apontada como condição indispensável para que normas éticas e mecanismos de controle sejam efetivamente internalizados pelos agentes públicos, evitando que o *compliance* se reduza a um instrumento meramente retórico (ARAÚJO; SANTOS; XAVIER, 2019).

Outro requisito relevante refere-se à gestão de riscos, entendida como processo contínuo de identificação, avaliação e mitigação de riscos à integridade institucional. Vale salientar que o mapeamento de riscos deve considerar as particularidades de cada órgão ou entidade pública, bem como suas áreas mais sensíveis à ocorrência de práticas corruptivas, em consonância com recomendações internacionais de governança e integridade no setor público (OCDE, 2012).

Também se destaca a importância da estruturação de linhas de defesa, inspirada no modelo das “três linhas”, no qual a primeira linha corresponde à gestão operacional, a segunda às áreas de *compliance* e controle interno, e a terceira às instâncias independentes de auditoria. Essa arquitetura institucional visa assegurar maior efetividade na prevenção, detecção e resposta a irregularidades, distribuindo responsabilidades de forma clara e funcional (ARAÚJO; SANTOS; XAVIER, 2019).

Além disso, destaca-se a necessidade de canais de denúncia seguros, independentes e com proteção ao denunciante de boa-fé, uma vez que tais mecanismos fortalecem a capacidade de detecção de ilícitos e contribuem para a dissuasão de condutas desviantes. A credibilidade desses canais é reforçada quando operados por terceiros independentes e associados a garantias normativas de confidencialidade, como previsto na legislação brasileira de acesso à informação (ARAÚJO; SANTOS; XAVIER, 2019).

Portanto, vale ressaltar que a efetividade do *compliance* público depende de monitoramento contínuo, capacitação permanente dos agentes públicos e aplicação proporcional de sanções, de modo a assegurar que o programa de integridade seja dinâmico, responsivo e compatível com os objetivos institucionais da administração pública.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, diante de todo o exposto, após analisar o caso exitoso da implementação de programas de integridade na Polícia Civil de Goiás, foi possível observar reflexos dessa implementação, tanto na atividade-meio como na atividade fim policial.

A capacitação dos servidores da Segurança Pública é um objetivo essencial para aumentar a eficiência nos processos licitatórios das forças de segurança. Contratar melhor também é combater a corrupção, uma vez que os gestores podem contar com o apoio de sistemas digitais, capacitação, programas de integridade e do *compliance* público em sua atuação contratual, o que constitui forma de alcançar aquisições mais eficientes, íntegras e transparentes, fortalecendo a governança e o uso responsável dos recursos públicos.

As contribuições que os estudos da temática trouxeram foram que a implementação de políticas de integridade e do *compliance* não é concebida apenas como mecanismo de controle, mas como instrumento de aprimoramento da governança pública, da transparência, da eficiência e de fortalecimento da confiança social nas instituições estatais.

O artigo possui algumas limitações quanto à necessidade de maior aprofundamento das questões relacionadas à Cidadania Digital e à Administração Pública 4.0, abrindo caminhos para estudos ainda mais profundos que possam auxiliar na gestão pública administrativa e contratual de diversas instituições para

a proposição de políticas públicas, a prevenção de ilícitos e o combate à corrupção, bem como para proporcionar maior transparência de seus atos administrativos.

Destarte, a implementação do *compliance* em licitações e contratos na Segurança Pública contribui para enfrentar vulnerabilidades, reduzir riscos de corrupção, prevenir condutas desviantes e atos ilícitos e fortalecer a eficiência de políticas públicas. A experiência da Polícia Civil de Goiás comprova a viabilidade da institucionalização de mecanismos de integridade, servindo de referência para replicação nacional e para a consolidação de uma cultura de ética, transparência e governança no setor. O assunto ainda permanece como objeto de futuras pesquisas, especialmente sob a perspectiva de maior aprofundamento do papel dos programas de integridade e da implementação de uma cultura de *compliance* nos órgãos e instituições públicas brasileiras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ronaldo de. Estudo de caso: foco temático e diversidade metodológica. In: SESC/CEBRAP. **Métodos de pesquisa em Ciências Sociais – Bloco Qualitativo**. São Paulo: SESC/CEBRAP, 2016.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SANTOS, Bruna de Brito André dos; XAVIER, Leonardo Vieira. *Compliance na administração pública brasileira*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n.º 77, p. -, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1176.

BRASIL. Lei n.º 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 2013.

BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º abr. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial**/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão aprova projeto que prevê modalidade de licitação para armas e munições. **Agência Câmara de Notícias**, 28 set. 2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/1002456-comissao-aprova-projeto-que-preve-modalidade-de-licitacao-para-armas-e-municoes/>>. Acesso em: 12 dez. 2025.

CARVALHO, André Castro (coord.). **Manual de compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CÓDIGO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: companhias abertas. **Grupo de Trabalho Intergentes**; coordenação Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2016.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). **Guia de Programas de Integridade**: orientações para órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Brasília: CGU, 2018.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael. **Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos**: a floresta além das árvores. 2021. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_85.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2025.

GOIÁS. Polícia Civil do Estado de Goiás. **Programa de Compliance Público**. Disponível em: <<https://www.policiacivil.go.gov.br/acesso-a-informacao/programa-de-compliance-publico-pcp/>>. Acesso em 22 out. 2025.

GOIÁS. Secretaria de Estado da Segurança Pública. **Plano estratégico da Polícia Civil do Estado de Goiás: 2023–2027**. 2. ed. Goiânia: Secretaria de Estado da Segurança Pública, 2023. 52 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei n.º 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2020.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014.

ORGANIZAÇÃO DO COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Public Sector Integrity – Providing Services Efficiently. July 2012, p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/CGB_GOVpublicsectorintegrity.pdf>. Acesso em: 22 out. 2025.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática à luz da Lei n.º 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do comitê de governança pública da OCDE em contratações públicas**. 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2025.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva, *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?, **Revista de Administração Pública**, v. 43, n.º 6, p. 1343-1368, 2009.

STAKE, Robert E. "Case Studies". In: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. (eds.). **Handbook of Qualitative Research**. London: Sage, 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Referencial de combate à fraude e à corrupção**: aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Brasília: TCU, 2020.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2001.

SOBRE A AUTORA

Nayanne Lays de Oliveira Lima: Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL (2023-2025). Especialista em Direito Digital e *Compliance* (2017-2018) e Direito Público (2014-2015), ambas pela Faculdade Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela UFAL (2008-2013). Integrante do Grupo de Pesquisas sobre Patrimônio Público e Improbidade do MPAL. Sócia Efetiva do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA). Agente de Apoio do Núcleo de Proteção e Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado de Alagoas.

A COMPROVAÇÃO DO DOLO DE BENEFICIAMENTO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N.º 14.230/2021 E O NÍVEL DE CARGA PROBATÓRIA EXIGIDO PARA CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO

PROOF OF INTENT TO BENEFIT IN ADMINISTRATIVE MISCONDUCT CASES UNDER LAW NO. 14.230/2021 AND THE LEVEL OF EVIDENTIARY BURDEN REQUIRED TO CONVINCE THE JUDGE

Thalene Brandão Flauzino de Oliveira

Resumo: A reforma da Lei de Improbidade Administrativa promovida pela Lei n.º 14.230/2021 alterou profundamente a lógica de responsabilização dos agentes públicos, ao exigir, de forma expressa, a comprovação do dolo para a configuração dos atos ímprobos e afastar definitivamente a modalidade culposa. Essa mudança legislativa reforçou o debate jurídico sobre a valoração probatória, impondo a necessidade de repensar quais critérios de constatação da prova – os chamados *standards probatórios* – devem ser adotados pelo julgador no exame do elemento subjetivo. O presente artigo analisa criticamente os modelos de *standards probatórios*, à luz da teoria da prova e do direito administrativo sancionador, discutindo se a simples preponderância da prova é suficiente ou se se faz necessário um grau intermediário de convencimento, compatível com a gravidade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Com base em doutrina contemporânea e em estudos acadêmicos recentes, sustenta-se que a exigência de prova clara e convincente do dolo de beneficiamento revela-se como o modelo mais adequado para conciliar a tutela do interesse público com as garantias fundamentais do acusado.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Dolo específico. *Standard* probatório.

Abstract: The reform of the Administrative Improbability Law promoted by Law No. 14.230/2021 profoundly altered the logic of accountability of public agents, expressly requiring proof of intent for the configuration of improper acts and definitively eliminating the negligent modality. This legislative change reinforced the legal debate on the evaluation of evidence, imposing the need to rethink which criteria for ascertaining proof – the so-called evidentiary standards – should be adopted by the judge in examining the subjective element. This article critically analyzes the models of evidentiary standards, in light of the theory of evidence and administrative sanctioning law, discussing whether the simple preponderance of evidence is sufficient or whether an intermediate degree of conviction is necessary, compatible with the severity of the sanctions provided for in the Administrative Improbability Law. Based on contemporary doctrine and recent academic studies, it is argued that the requirement of clear and convincing proof of intent to benefit

is the most appropriate model for reconciling the protection of the public interest with the fundamental guarantees of the accused.

Keywords: *Administrative misconduct. Specific intent. Evidentiary standard.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A improbidade administrativa e a exigência do dolo após a Lei n.º 14.230/2021. 3. A questão probatória do dolo na ação de improbidade administrativa. 4. *Standards probatórios*: fundamentos teóricos. 5. A inadequação da simples preponderância da prova e a aplicação do *standard* da prova clara e convincente como solução intermediária nas ações de improbidade administrativa. 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa sempre ocupou posição central no sistema jurídico brasileiro de tutela da moralidade administrativa, constituindo-se em um dos principais instrumentos de controle da atuação estatal e de proteção do patrimônio público. Desde a promulgação da Lei n.º 8.429/1992, o legislador buscou instituir um regime jurídico rigoroso de responsabilização de agentes públicos e de terceiros que, direta ou indiretamente, atentassem contra os princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente a legalidade, a moralidade e a impessoalidade. A finalidade original da norma era clara: combater práticas desonestas, desvios de finalidade e condutas incompatíveis com a confiança que deve nortear a gestão da coisa pública (NEVES; OLIVEIRA, 2018).

Entretanto, a experiência prática demonstrou que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, ao longo de quase três décadas, produziu distorções relevantes. A redação aberta dos tipos legais, aliada à admissão da modalidade culposa, contribuiu para a ampliação excessiva do conceito de improbidade, permitindo que situações de mera ilegalidade formal, falhas administrativas ou escolhas discricionárias questionáveis fossem enquadradas como atos ímprobos, e ensejando responsabilizações desproporcionais.

Esse movimento expansivo gerou efeitos sistêmicos significativos. De um lado, houve aumento expressivo de ações de improbidade administrativa, frequentemente fundamentadas em presunções frágeis ou em juízos morais abstratos acerca da atuação administrativa. De outro, consolidou-se um ambiente de insegurança jurídica que impactou diretamente a atuação dos gestores públicos, incentivando comportamentos defensivos e a inércia decisória.

É nesse contexto que se insere a edição da Lei n.º 14.230/2021, a qual trouxe significativas mudanças para o regime jurídico da improbidade administrativa, não se limitando a ajustes pontuais, mas promovendo uma reestruturação substancial da lógica de responsabilização, ao exigir expressamente a presença do dolo de beneficiamento para a configuração dos atos ímprobos e ao extinguir, de forma

categorica, a modalidade culposa.

Com a nova normativa, a improbidade administrativa deixa de ser compreendida como qualquer violação relevante à legalidade ou à moralidade administrativa e passa a demandar a demonstração de uma intenção consciente e direcionada à obtenção de benefício indevido ou à violação deliberada de deveres funcionais. Tal alteração revela preocupação explícita com a preservação das garantias fundamentais, especialmente o devido processo legal, a presunção de inocência e a vedação à responsabilização objetiva em matéria sancionadora (CUNHA, 2024).

Todavia, a centralidade conferida ao elemento subjetivo não se limita ao plano material do direito. Ela irradia efeitos diretos sobre a teoria da prova e sobre o modo como o julgador deve formar sua convicção nos processos de improbidade administrativa. De acordo com a reforma, não basta demonstrar a ocorrência de um ato administrativo irregular ou ilegal, torna-se imprescindível comprovar, de forma consistente, que o agente atuou com vontade livre e consciente de alcançar um resultado ilícito específico, impondo maior rigor à atividade probatória.

Essa mudança desloca o eixo do debate jurídico para o campo probatório, impondo desafios relevantes à atuação do Ministério Público, do Poder Judiciário e da defesa técnica. A prova do dolo, por sua própria natureza, raramente se apresenta de forma direta, sendo normalmente inferida com base em circunstâncias, indícios e elementos contextuais. No âmbito da improbidade administrativa, essa dificuldade é acentuada pela complexidade das decisões administrativas, pela multiplicidade de normas aplicáveis e pela existência de margens legítimas de discricionariedade (TARUFFO, 2008).

Diante disso, impõe-se uma reflexão aprofundada acerca do nível de carga probatória exigido para o reconhecimento do dolo nos atos de improbidade administrativa. Não se trata apenas de identificar um comportamento objetivamente ilícito, mas de demonstrar, com elevado grau de confiabilidade, que o agente possuía plena consciência da ilicitude de sua conduta e, ainda assim, optou por praticá-la com finalidade específica de obtenção de vantagem indevida. A ausência dessa demonstração compromete a legitimidade da sanção aplicada e enfraquece o próprio sistema de responsabilização (PALMA, 2019).

É diante dessa problemática que o presente artigo se propõe a analisar criticamente os *standards probatórios* aplicáveis à comprovação do dolo de beneficiamento na ação de improbidade administrativa após a Lei n.º 14.230/2021, buscando identificar o modelo de constatação da prova mais adequado à luz da teoria da prova, do direito administrativo sancionador e dos princípios constitucionais que informam o Estado Democrático de Direito.

2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A EXIGÊNCIA DO DOLO APÓS A LEI N.º 14.230/2021

A reforma legislativa promovida pela Lei n.º 14.230/2021 alterou de forma profunda a estrutura normativa da Lei de Improbidade Administrativa, redefinindo os pressupostos materiais para a responsabilização dos agentes públicos. Com a nova redação, a configuração dos atos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/1992 passou a exigir, de maneira expressa e inequívoca, a comprovação do dolo, compreendido como a vontade livre e consciente de alcançar um resultado ilícito. Com isso, afastou-se a responsabilização por ato ímprobo culposo.

Denota-se que a alteração promovida buscou obstar a responsabilização objetiva ou baseada em culpa, a qual produzia efeitos indesejáveis tanto no plano jurídico quanto no plano institucional, uma vez que condutas administrativas marcadas por erros formais, escolhas técnicas discutíveis ou interpretações razoáveis da legislação passaram a ser tratadas como atos ímprobos, submetendo agentes públicos a sanções severas mesmo na ausência de qualquer intenção de lesar o erário ou de violar conscientemente os princípios da Administração Pública (NEVES; OLIVEIRA, 2018).

A ampliação excessiva do controle sancionador contribuiu para a consolidação de um ambiente de insegurança jurídica, no qual a linha divisória entre a ilegalidade administrativa e a improbidade tornou-se cada vez mais difusa. Nesse contexto, muitos gestores públicos passaram a atuar sob constante receio de responsabilização pessoal, o que impactou diretamente a eficiência administrativa e a capacidade decisória do Estado. O fenômeno conhecido como “apagão das canetas” é expressão clara dessa realidade, evidenciando que o excesso punitivo pode ser tão prejudicial ao interesse público quanto a ausência de mecanismos de controle eficazes (GALARRAGA, 2023).

Diante desse cenário, o legislador optou por redefinir o núcleo conceitual da improbidade administrativa, recolocando o elemento subjetivo no centro da análise jurídica. Ao exigir a comprovação do dolo de beneficiamento, a Lei n.º 14.230/2021 reafirma que a improbidade não se confunde com a mera ilegalidade, tampouco com a gestão ineficiente ou equivocada. Trata-se, antes, de um ilícito qualificado, que pressupõe a intenção deliberada de alcançar benefício indevido ou de violar deveres funcionais de forma consciente (CUNHA, 2024).

Cumprе assinalar que, antes do advento da Lei n.º 14.230/2021, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já exigia, para a configuração do ato ímprobo, que a conduta do agente fosse identificada pela desonestidade no agir e pelo desvio de finalidade pública, o que compreendia a má-fé, conforme cita Prado (2025). Em acréscimo, não é demais anotar que a exteriorização da conduta apta a atingir o resultado do ato ímprobo é que será objeto de valoração pelo magistrado, e não o aspecto emocional do agente.

Com efeito, o direito administrativo sancionador, ao lidar com restrições severas a direitos fundamentais, exige critérios rigorosos de imputação e respeito às garantias do acusado, como o devido processo legal e a presunção de inocência. A exigência do dolo, nesse sentido, atua como um filtro normativo destinado a impedir que o poder punitivo do Estado recaia sobre condutas que, embora irregulares, não

apresentam grau suficiente de reprovabilidade para justificar a aplicação das severas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Contudo, essa aproximação não autoriza a simples transposição automática de conceitos próprios do direito penal para o campo da improbidade administrativa. Embora existam pontos de contato relevantes entre esses ramos, é imprescindível reconhecer as diferenças estruturais que os distinguem. A ação de improbidade administrativa mantém natureza jurídica eminentemente civil, ainda que dotada de conteúdo sancionador intenso, o que exige uma adaptação cuidadosa das categorias dogmáticas utilizadas na sua interpretação e aplicação. Vale ressaltar que, no julgamento do ARE 843939 (Tema 1.999), o Supremo Tribunal Federal (STF) deixou claro que a Lei nº 14.230/2021 não retirou a natureza cível das ações de improbidade, pois esta decorre do próprio texto constitucional.

No plano probatório, a exigência de dolo não pode ser compreendida de forma abstrata ou meramente retórica, haja vista que impõe ao autor da ação de improbidade o ônus de demonstrar, de forma concreta, que o agente público agiu com consciência da ilicitude e com intenção direcionada à obtenção de vantagem indevida. Não basta presumir a intenção mediante a ilegalidade do ato ou da gravidade de suas consequências; a prova do dolo deve emergir do conjunto fático-probatório, por meio de elementos objetivos que permitam inferir, de maneira racional, a existência da intenção do agente.

Nesse contexto, a exigência do dolo de beneficiamento após a Lei n.º 14.230/2021 acarreta significativo debate no campo probatório, impondo a necessidade de repensar os critérios de valoração da prova e os *standards* de convencimento aplicáveis a esse tipo de demanda, tema que será aprofundado nos tópicos seguintes.

3. A QUESTÃO PROBATÓRIA DO DOLO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A exigência do dolo como elemento indispensável à configuração do ato de improbidade administrativa, com a nova redação conferida pela Lei n.º 14.230/2021, reforçou o debate sobre a prova da intenção do agente público. Se, por um lado, a reforma legislativa representou um avanço relevante ao afastar responsabilizações automáticas e excessivamente punitivas, por outro, deslocou o centro da controvérsia para o plano probatório, impondo novos desafios à persecução da improbidade administrativa (JUSTEN FILHO, 2022).

Diferentemente dos fatos objetivos, passíveis de demonstração direta por meio de documentos, perícias ou registros formais, o dolo situa-se no plano interno da vontade humana. Trata-se de um elemento subjetivo que, por sua própria natureza, não se apresenta de forma ostensiva, mas deve ser inferido pelo comportamento do agente, pelo contexto em que a conduta foi praticada e pelas circunstâncias que

a envolveram, o que torna a prova do dolo uma tarefa complexa, exigindo do intérprete cautela metodológica e rigor argumentativo, especialmente em processos de natureza sancionadora (TARUFFO, 2008).

No âmbito da improbidade administrativa, essa dificuldade é acentuada pela própria dinâmica da atuação estatal. As decisões administrativas são, em regra, tomadas em ambientes marcados por incerteza, pressão institucional, escassez de recursos e multiplicidade de normas aplicáveis. Ademais, a atuação do gestor público frequentemente envolve escolhas técnicas e políticas legítimas, cuja avaliação posterior pode ser contaminada por juízos retrospectivos que desconsideram o contexto decisório original.

Nesse cenário, o risco de confundir dolo com resultado desfavorável ou com ilegalidade formal é evidente. A simples constatação de que determinado ato administrativo produziu efeitos negativos ao erário ou violou alguma norma jurídica não autoriza, por si só, a conclusão de que o agente atuou com intenção dolosa. Assim, diante da normativa vigente, faz-se necessário que a demonstração do dolo se sustente em um conjunto probatório consistente, racionalmente controlável e devidamente fundamentado.

A problemática probatória do dolo revela-se, assim, em dois planos distintos, porém interligados. O primeiro diz respeito à identificação dos elementos que podem ser considerados indícios legítimos da intenção dolosa. O segundo refere-se ao grau de convencimento necessário para que tais indícios sejam suficientes para a formação de um juízo condenatório. Ambos os planos exigem reflexão aprofundada, sob pena de se esvaziar o sentido garantista da reforma legislativa (CUNHA, 2024).

No que se refere ao primeiro plano, é preciso reconhecer que a prova do dolo raramente se dará por meio de confissão direta ou de manifestação expressa da intenção ilícita. Na prática, o dolo é reconstruído por elementos indiretos, como a reiteração consciente da conduta, o descumprimento deliberado de alertas formais, a inobservância de orientações técnicas ou jurídicas claras, a obtenção de benefícios pessoais ou de terceiros e a adoção de expedientes destinados a dificultar a fiscalização ou a ocultar informações relevantes. Esses elementos, isoladamente, podem ser insuficientes, mas, quando analisados de forma conjunta e contextualizada, podem revelar um padrão de comportamento incompatível com a boa-fé administrativa (PAZ, 2023).

Todavia, a utilização de indícios exige cautela redobrada. A inferência do dolo não pode se apoiar em presunções genéricas ou em juízos morais abstratos sobre a conduta do agente público. É imprescindível que o raciocínio probatório seja lógico, transparente e explicitamente fundamentado, permitindo o controle da decisão pelas partes e pelas instâncias revisoras, em observância aos princípios da motivação das decisões judiciais e do duplo grau de jurisdição. Nesse contexto, a motivação judicial assume papel central, funcionando como garantia contra arbitrariedades e como elemento de legitimação da decisão sancionadora (TARUFFO, 2008).

No segundo plano, relativo ao grau de convencimento exigido, o problema probatório do dolo conecta-se diretamente à discussão sobre os *standards probatórios* aplicáveis às ações de improbidade

administrativa. A natureza sancionadora dessas ações, aliada à gravidade das sanções previstas, impede que a condenação se fundamente em um juízo meramente probabilístico, típico do processo civil tradicional. Por outro lado, a exigência de um grau de certeza absoluto, semelhante ao adotado no processo penal, pode inviabilizar a responsabilização de condutas efetivamente ímprobas, comprometendo a tutela do interesse público.

Essa tensão evidencia a necessidade de um modelo probatório intermediário, capaz de equilibrar a proteção do interesse público com as garantias fundamentais do acusado. A prova do dolo deve ser suficientemente clara e convincente para afastar hipóteses alternativas plausíveis, como erro escusável, interpretação razoável da norma ou atuação negligente.

Portanto, o problema probatório do dolo na improbidade administrativa não pode ser reduzido a uma questão meramente técnica. Trata-se de um desafio estrutural afeto às ações de improbidade administrativa, que exige do intérprete sensibilidade institucional, rigor metodológico e compromisso com os valores do Estado Democrático de Direito. A correta compreensão dessa questão é fundamental para que a exigência do dolo cumpra sua função garantista, sem comprometer a efetividade do combate às condutas verdadeiramente ímprobas, servindo de base para a análise dos *standards probatórios*.

4. *STANDARDS* PROBATÓRIOS: FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A discussão sobre os *standards probatórios* insere-se no âmbito da teoria geral da prova e diz respeito ao grau de convencimento exigido do julgador para considerar determinado fato suficientemente demonstrado. Trata-se de um tema central em qualquer sistema jurídico que atribua consequências relevantes à constatação de fatos, especialmente quando tais consequências assumem natureza sancionadora. No contexto da improbidade administrativa, essa discussão ganha relevo após a Lei n.º 14.230/2021, na medida em que a exigência do dolo de beneficiamento impõe maior rigor na valoração da prova (PALMA, 2019).

Os *standards probatórios* funcionam como critérios normativos de decisão, os quais não se confundem com regras de produção da prova nem com a distribuição do ônus probatório, mas indicam o nível mínimo de confirmação necessário para que uma hipótese fática seja aceita como verdadeira no momento do julgamento. Nesse viés, operam como instrumentos de controle do risco de erro decisório, buscando equilibrar a possibilidade de condenações injustas e de absolvições indevidas.

Tradicionalmente, a doutrina identifica três modelos centrais de *standards probatórios*. O primeiro é o da preponderância da prova, típico do processo civil, segundo o qual o julgador deve decidir com base na versão dos fatos que se revela mais provável à luz do conjunto probatório. Esse *standard* admite a coexistência de dúvidas relevantes e se justifica, em regra, pela natureza patrimonial das controvérsias civis e pela simetria dos interesses envolvidos (BELTRÁN, 2007).

O segundo modelo é o da prova além da dúvida razoável, consagrado no processo penal. Nesse padrão, exige-se um grau máximo de convencimento, de modo que qualquer dúvida razoável quanto à autoria ou à materialidade do fato deve conduzir à absolvição, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*. Trata-se de um *standard* elevado, compatível com a severidade das sanções penais e com a centralidade das garantias individuais, como a liberdade pessoal e a presunção de inocência.

Entre esses dois extremos, desenvolveu-se um terceiro modelo, frequentemente denominado de prova clara e convincente. Esse *standard* intermediário exige mais do que a simples probabilidade, mas menos do que a certeza quase absoluta do processo penal. Ele pressupõe um conjunto probatório consistente, coerente e persuasivo, capaz de gerar no julgador um elevado grau de confiança na veracidade da hipótese fática adotada, ainda que não elimine toda possibilidade abstrata de dúvida.

Do ponto de vista teórico, a escolha do *standard* probatório adequado deve levar em consideração três fatores principais: a natureza da controvérsia, a intensidade das consequências jurídicas da decisão e a distribuição socialmente aceitável do risco de erro. Quanto mais gravosas forem as sanções decorrentes da decisão judicial, maior deve ser o grau de exigência probatória, sob pena de se comprometer a legitimidade do exercício do poder sancionador (FERRER BELTRÁN, 2007).

No âmbito da improbidade administrativa, essa lógica assume especial relevância. Embora formalmente inserida no campo do direito civil, a improbidade veicula sanções que ultrapassam a esfera patrimonial, atingindo direitos políticos, a esfera funcional e a reputação do agente público. Essa característica aproxima a improbidade administrativa do direito sancionador, afastando a aplicação do *standard* da preponderância da prova, usado nas demandas civis.

Por outro lado, a natureza não penal da improbidade administrativa recomenda cautela na adoção do *standard* penal da prova além da dúvida razoável. A aplicação desse nível de carga valorativa poderia impor um grau de exigência probatória incompatível com a tutela do interesse público, dificultando excessivamente a responsabilização de condutas efetivamente ímprobas.

Diante dessa tensão, a teoria dos *standards probatórios* oferece instrumentos conceituais relevantes para a construção de um modelo intermediário, capaz de refletir a natureza híbrida da improbidade administrativa. A correta compreensão desses fundamentos teóricos é essencial para a análise crítica dos *standards* aplicáveis à comprovação do dolo, especialmente para avaliar a inadequação da simples preponderância da prova e a pertinência do *standard* da prova clara e convincente.

5. A INADEQUAÇÃO DA SIMPLES PREPONDERÂNCIA DA PROVA E A APLICAÇÃO DO *STANDARD* DA PROVA CLARA E CONVINCENTE COMO SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA

NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A adoção do critério da simples preponderância da prova para a comprovação do dolo nos atos de improbidade administrativa revela-se inadequada, mormente diante das transformações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021. Embora esse *standard* seja tradicionalmente aplicado às ações civis em geral, sua utilização automática no âmbito da improbidade administrativa desconsidera a natureza sancionadora desse instituto e a gravidade das consequências jurídicas dele decorrentes.

O *standard* da preponderância da prova autoriza o julgador a decidir com base na versão dos fatos que se mostra mais provável, ainda que subsistam dúvidas relevantes acerca da ocorrência do fato ou da intenção do agente. Trata-se de um modelo compatível com litígios patrimoniais comuns, nos quais o risco de erro decisório é socialmente tolerável e as consequências da decisão não afetam, de forma intensa, direitos fundamentais dos envolvidos (BELTRÁN, 2007). No entanto, essa lógica não se ajusta adequadamente às ações de improbidade administrativa.

A improbidade administrativa, embora formalmente classificada como ilícito civil, possui inequívoco caráter sancionador. As sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 — mesmo após as alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021 — ultrapassam a mera recomposição patrimonial e atingem diretamente a esfera política, funcional e reputacional do agente público. Medidas como a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública e a proibição de contratar com o poder público possuem impacto profundo na vida do indivíduo, aproximando-se, em termos de gravidade, das sanções penais (JUSTEN FILHO, 2022).

Nesse contexto, admitir a condenação por ato de improbidade com base em um juízo meramente probabilístico compromete a legitimidade do exercício do poder sancionador estatal. A simples prevalência de uma versão fática sobre outra não oferece grau suficiente de segurança para justificar a imposição de sanções tão severas, sobretudo quando o próprio legislador passou a exigir, de forma expressa, a comprovação do dolo específico do agente (CUNHA, 2024).

A exigência do dolo introduzida pela Lei n.º 14.230/2021 reforça, de maneira decisiva, a inadequação da preponderância da prova. Se o legislador optou por restringir o campo de incidência da improbidade administrativa, afastando a culpa e exigindo intenção consciente de alcançar resultado ilícito, não parece coerente admitir que essa intenção possa ser reconhecida com base em um *standard* probatório reduzido.

Além disso, o uso da preponderância da prova favorece a perpetuação de práticas decisórias baseadas em presunções genéricas e inferências automáticas por meio da ilegalidade do ato administrativo. Esse modelo reproduz a lógica anterior à reforma, na qual o elemento subjetivo era frequentemente presumido, contrariando a nova orientação normativa que exige demonstração concreta e individualizada

da intenção dolosa. Como adverte Taruffo (2008), decisões fundadas em raciocínios probatórios pouco rigorosos ampliam significativamente o risco de erro judicial.

Outro problema relevante do *standard* da preponderância da prova reside no aumento do risco de responsabilizações indevidas. No ambiente complexo da Administração Pública, decisões legítimas podem ser posteriormente questionadas à luz de interpretações jurídicas divergentes, mudanças de orientação administrativa ou avaliações retrospectivas que desconsideram as circunstâncias concretas do momento da decisão. A condenação por improbidade com base em mera probabilidade transfere ao agente público um ônus excessivo, incompatível com os princípios do devido processo legal e da segurança jurídica (GALARRAGA, 2023).

Cumprir destacar, ainda, que a adoção de um *standard* probatório inadequado compromete a própria credibilidade do sistema de combate à improbidade administrativa. A percepção social de punições injustas ou desproporcionais enfraquece a legitimidade das instituições de controle e pode gerar resistência às medidas de responsabilização, produzindo efeito inverso ao pretendido pelo legislador. O controle eficaz da Administração Pública exige decisões justas, bem fundamentadas e sustentadas por prova robusta (JUSTEN FILHO, 2022).

Em síntese, a simples preponderância da prova não se mostra compatível com as ações de improbidade administrativa. Isto porque a exigência de dolo, a gravidade das sanções e a natureza sancionadora do instituto impõem a adoção de um *standard* probatório mais rigoroso, capaz de assegurar decisões proporcionais, racionais e alinhadas às garantias fundamentais.

Diante da inadequação da simples preponderância da prova e da inviabilidade de adoção integral do rigor probatório próprio do processo penal, o *standard* da prova clara e convincente apresenta-se como solução intermediária adequada ao regime da improbidade administrativa. Esse modelo de constatação da prova permite compatibilizar a efetividade do controle sancionador com a preservação das garantias fundamentais do agente público, especialmente após a exigência expressa do dolo de beneficiamento introduzida pela Lei n.º 14.230/2021.

A prova clara e convincente exige mais do que a mera probabilidade de que determinada versão dos fatos seja verdadeira. Diferentemente da preponderância da prova, esse *standard* pressupõe um conjunto probatório sólido, coerente e suficientemente persuasivo, capaz de gerar no julgador um elevado grau de confiança na veracidade da hipótese fática adotada. Embora não exija a eliminação de toda e qualquer dúvida abstrata, o modelo demanda que sejam afastadas dúvidas razoáveis fundadas em explicações alternativas plausíveis (TARUFFO, 2008).

Do ponto de vista teórico, a prova clara e convincente ocupa um espaço intermediário entre os dois polos tradicionais dos *standards probatórios*. Ela não se satisfaz com um juízo meramente probabilístico, mas também não impõe o nível máximo de certeza exigido no processo penal. No âmbito da

improbidade administrativa, esse *standard* revela especial pertinência. Embora se trate de ação civil, as sanções previstas na Lei n.º 8.429/1992 afetam diretamente direitos fundamentais do agente público, como a capacidade de exercer função pública, participar da vida política e contratar com o Estado.

A exigência de dolo específico, introduzida pela Lei n.º 14.230/2021, reforça essa conclusão. Se a improbidade administrativa passa a exigir a demonstração de uma intenção consciente e direcionada à obtenção de resultado ilícito, não é razoável que tal elemento subjetivo seja reconhecido com base em um *standard* probatório reduzido. Dessa forma, a prova clara e convincente traduz, no plano probatório, a opção legislativa por um modelo de responsabilização mais restritivo e garantista (CUNHA, 2024).

Outrossim, o *standard* intermediário contribui para a racionalização da motivação judicial. Ao exigir um grau elevado de convencimento, a prova clara e convincente impõe ao julgador o dever de explicitar, de forma transparente, como os elementos probatórios se articulam para sustentar a conclusão acerca da intenção dolosa do agente, o que reduz o risco de arbitrariedades.

No plano prático, a adoção desse *standard* também influencia a atuação das partes. Ao autor da ação de improbidade impõe-se maior rigor na fase investigativa e na formulação da imputação, exigindo a produção de elementos concretos que demonstrem a consciência da ilicitude e a finalidade específica da conduta. À defesa, por sua vez, abre-se espaço efetivo para demonstrar a existência de interpretações jurídicas razoáveis, pareceres técnicos, orientações institucionais ou circunstâncias fáticas que afastem a inferência do dolo (PAZ, 2023).

Importa destacar que o *standard* da prova clara e convincente não inviabiliza a responsabilização por improbidade administrativa. Ao contrário, ele contribui para que apenas as condutas efetivamente desonestas e marcadas por má-fé sejam sancionadas, preservando o espaço legítimo da discricionariedade administrativa e da boa-fé do gestor público.

Cumprir registrar que, na valoração das provas, não basta a presença isolada de um indício ou documento específico; é necessário que o conjunto probatório, analisado de forma global, coerente e racionalmente fundamentada, conduza a uma conclusão segura acerca da intenção dolosa do agente. Essa exigência impede decisões baseadas em fragmentos descontextualizados ou em juízos morais abstratos, preservando o caráter garantista do novo regime jurídico da improbidade administrativa (BELTRÁN, 2007).

Logo, o *standard* da prova clara e convincente revela-se como o modelo mais compatível com a natureza híbrida da improbidade administrativa e com a exigência de demonstração do dolo. Ele representa um ponto de equilíbrio entre a tutela do interesse público e a proteção das garantias fundamentais, permitindo a aplicação justa, proporcional e racional da Lei de Improbidade Administrativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa promovida pela Lei n.º 14.230/2021 reforçou a necessidade de comprovação do dolo, afastando de forma definitiva a responsabilização por culpa, tornando-a mais restritiva no que se refere à responsabilização por atos ímprobos. Ao longo deste trabalho, evidenciou-se que a exigência do dolo não pode ser compreendida como um requisito meramente formal, pois produz significativa repercussão no plano probatório, impondo maior rigor à atividade de imputação e julgamento.

Nesse cenário, o problema probatório do dolo assume centralidade. A intenção do agente público, por situar-se no plano interno da vontade, não se apresenta de forma direta, devendo ser inferida de elementos indiciários, circunstanciais e contextuais. Tal circunstância exige do intérprete cautela metodológica, sob pena de se incorrer em presunções indevidas ou em juízos morais abstratos, incompatíveis com o devido processo legal substancial.

A análise dos fundamentos teóricos dos *standards probatórios* demonstrou que a simples preponderância da prova, tradicionalmente aplicada às ações civis, não se revela adequada à improbidade administrativa, tendo em vista a gravidade das sanções previstas — que atingem direitos políticos, a esfera funcional e a reputação do agente público —, fazendo-se necessário um grau de exigência probatória superior ao da mera probabilidade, sob pena de se comprometer a legitimidade do exercício do poder sancionador.

Por outro lado, também se evidenciou que a adoção integral do *standard* penal da prova além da dúvida razoável não se mostra compatível com a natureza jurídica da improbidade administrativa. Embora exista aproximação com o direito sancionador, a improbidade mantém natureza civil, o que recomenda cautela na transposição automática de categorias próprias do direito penal. Um rigor probatório excessivo pode inviabilizar a tutela do interesse público e dificultar a responsabilização de condutas efetivamente ímprobos.

É nesse espaço intermediário que se afirma a adequação do *standard* da prova clara e convincente, o qual, ao exigir um conjunto probatório robusto, coerente e persuasivo, capaz de afastar dúvidas razoáveis, promove equilíbrio entre a efetividade do controle sancionador e a tutela do patrimônio público.

Conclui-se que, apesar da natureza eminentemente civil das ações de improbidade, não se pode ignorar o caráter político-administrativo dessas demandas, que transcende os interesses meramente patrimoniais, tutelando direitos indisponíveis. Se, por um lado, não se pode descuidar da tutela do interesse público, a ponto de adotar um *standard* probatório elevado para demonstração do dolo de beneficiamento, o que dificultaria a responsabilização de agentes ímprobos, por outro lado, permitir um *standard* reduzido poderia acarretar responsabilizações indevidas.

Portanto, o objetivo deste estudo é demonstrar que o modelo de constatação da prova clara e convincente consiste no mais adequado para o convencimento do magistrado na análise do conjunto probatório em ações de improbidade administrativa, assegurando que apenas condutas efetivamente ímprobadas sejam sancionadas, em conformidade com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Lei n.º 8.429, de 2 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, para dispor sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 out. 2021.

CUNHA, Márcio Messias. **A transubstanciação do dolo pela nova lei de improbidade administrativa**: investigação defensiva e paridade de armas como prova concreta para afastamento de condenação. 2024. Tese (Doutorado em Direito Público) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2024.

GALARRAGA, Fabiane Verones Vigilio. **O elemento subjetivo “dolo” na lei de improbidade administrativa**. 2023. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), São Paulo, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada**: Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**: direito material e processual. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PALMA, Andrea Galhardo. Breve análise comparativa dos modelos de valoração e constatação da prova penal – *standards probatórios* – no Brasil, nos Estados Unidos e na Itália: crítica à regra “além da dúvida razoável”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n.º 157, p. 287-330, 2019.

PAZ, Cristiane de Sousa Campos da. Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova. **Revista do Ministério Público do Estado**

do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 90, p. 19-42, out./dez. 2023.

PRADO, Fabiana Lemes Zamolloa do. **A Improbidade Administrativa na Lei n.º 8.429/92**. São Paulo: Juspodivm, 2025.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SOBRE A AUTORA

Thalene Brandão Flauzino de Oliveira: Mestranda pela FADISP/UNIALFA em Função Social do Direito. Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade de Taubaté (2018). Professora na FACUNICAMPS de Santa Helena de Goiás. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: QUANDO A AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS ENCONTRA A UNIDADE DO PODER SANCIONADOR

NON-PROSECUTION AGREEMENT IN CIVIL MATTERS AND ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCEEDINGS: WHEN THE AUTONOMY OF THE INSTANCES MEETS THE UNITY OF SANCTIONING POWER

Dayse Roberta Amaral Guimarães

Roberta Cruz da Silva

Resumo: O artigo examina a relação entre o Acordo de Não Persecução Civil e a responsabilidade disciplinar no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, investigando em que medida a homologação e o cumprimento integral do acordo repercutem sobre o Processo Administrativo Disciplinar. A pesquisa adota abordagem qualitativa, de natureza jurídico-dogmática, com método analítico-interpretativo, combinando revisão bibliográfica, análise normativa e exame de precedentes dos tribunais superiores. Parte-se da hipótese de que a independência das instâncias sancionatórias não impede a consideração, em hipóteses excepcionais, dos efeitos jurídicos do acordo na esfera disciplinar, especialmente quando presentes identidade fática substancial, convergência de finalidades sancionatórias e plena recomposição do dano. Conclui-se que a autonomia das instâncias deve ser compreendida como autonomia coordenada, compatível com a unidade do *jus puniendi* estatal, admitindo-se, em situações estritas e fundamentadas, detração, mitigação ou extinção da pretensão punitiva administrativa. O estudo contribui para o aperfeiçoamento teórico da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador ao propor critérios jurídicos objetivos para a compatibilização entre responsabilidade civil por improbidade e responsabilidade disciplinar, reforçando a coerência institucional, a segurança jurídica e a proporcionalidade sancionatória.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Civil. Direito Administrativo Sancionador. Processo Administrativo Disciplinar. Independência das Instâncias. Consensualidade Administrativa.

Abstract: This article examines the relationship between the Non-Prosecution Agreement and disciplinary liability within the scope of Administrative Sanctioning Law, investigating to what extent the approval and full compliance with the agreement impact the Disciplinary Administrative Process. The research adopts a qualitative approach, of a legal-dogmatic nature, with an analytical-interpretative method, combining bibliographic review, normative analysis, and examination of precedents from higher courts. It starts from

the hypothesis that the independence of the sanctioning instances does not preclude the consideration, in exceptional cases, of the legal effects of the agreement in the disciplinary sphere, especially when there is substantial factual identity, convergence of sanctioning purposes, and full redress of the damage. It concludes that the autonomy of the instances should be understood as coordinated autonomy, compatible with the unity of the state's jus puniendi, admitting, in strict and well-founded situations, the reduction, mitigation, or extinction of the administrative punitive claim. This study contributes to the theoretical improvement of consensus in Administrative Sanctioning Law by proposing objective legal criteria for reconciling civil liability for misconduct and disciplinary liability, reinforcing institutional coherence, legal certainty, and proportionality in sanctions.

Keywords: *Non-Prosecution Agreement. Administrative Sanctioning Law. Disciplinary Administrative Process. Independence of Instances. Administrative Consensus.*

Sumário: Introdução; 1. Contextualização e principais aspectos do acordo de não persecução civil no ordenamento jurídico brasileiro; 1.1. Da punição à consensualidade: a crise do modelo repressivo e a virada paradigmática; 1.2. Aspectos gerais e procedimentalização do ANPC; 1.3. Natureza jurídica e o papel do Poder Judiciário: a homologação como filtro de legalidade; 1.4. O ANPC como instrumento de resolutividade do ministério público; 2. O processo administrativo disciplinar e o dogma da independência das instâncias; 3. Implicações administrativas da celebração do ANPC: o recorte do PAD; 4. Análise crítica: segurança jurídica e o dever de coerência da administração pública; 4.1. O princípio da confiança legítima e a boa-fé objetiva; 4.2. Análise jurisprudencial: o “Diálogo das fontes”; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O advento do Acordo de Não Persecução Civil (ANPC), instituído pela Lei n.º 13.964/2019 e posteriormente incorporado à Lei de Improbidade Administrativa (LIA) pela Lei n.º 14.230/2021, representa uma inflexão paradigmática no Direito Administrativo Sancionador brasileiro. A superação do dogma da indisponibilidade absoluta do interesse público, ao admitir a consensualidade na apuração e repressão de atos ímprobos, busca conferir maior eficiência à recuperação dos danos ao erário e à aplicação de políticas preventivas, por meio de um instrumento negocial.

Essa transição de um modelo estritamente confrontacional para um modelo de justiça negociada reflete a ineficiência do padrão anterior. O interesse público, outrora compreendido sob uma ótica de rigidez processual inafastável, passa a ser interpretado à luz da resolutividade. Nesse contexto, a celebração do acordo deixa de ser uma mera concessão ao investigado para se tornar uma escolha estratégica do Ministério Público, voltada à obtenção de resultados mais céleres e eficazes do que o processo judicial comum.

Contudo, a inserção do ANPC no sistema de responsabilização suscita questionamentos relevantes acerca de suas implicações, especialmente no que se refere ao alcance de suas sanções. Nesse contexto, emerge o problema desta pesquisa, evidenciando sua natureza aplicada: o ANPC celebrado e homologado gera efeitos na seara administrativa, em especial, quanto a Processos Administrativos Disciplinares (PAD) de apuração de infrações de servidores?

A relevância dessa indagação decorre da tradicional autonomia entre as instâncias civil, penal e administrativa. Embora o ordenamento jurídico brasileiro consagre a independência entre essas esferas, a aplicação simultânea de sanções decorrentes de um mesmo fato jurídico precisa ser analisada. Se o agente público transaciona com o Estado, representado pelo Ministério Público, e aceita sanções que visam recompor a ordem jurídica violada, há de se avaliar se a manutenção de um processo administrativo disciplinar paralelo para aplicar sanções da mesma natureza pode ferir os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Ademais, surge o desafio da coordenação institucional: o ANPC, embora homologado judicialmente, insere-se no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, enquanto o PAD é um instrumento de autotutela da Administração.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar se a unidade do poder punitivo estatal permite que os efeitos de um negócio jurídico processual celebrado na primeira esfera sirvam como causa impeditiva ou mitigadora da sanção administrativa disciplinar, ou se a separação entre as instâncias permanece intransponível, mesmo diante da consensualidade.

Este estudo foi elaborado com uma abordagem qualitativa, fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental. Para o alcance do objetivo proposto, a pesquisa estrutura-se sob o método dedutivo, partindo da análise das normas gerais do Direito Administrativo Sancionador para a compreensão do fenômeno específico do ANPC no âmbito disciplinar. A técnica de pesquisa consiste em um levantamento bibliográfico, abrangendo a doutrina acerca da improbidade administrativa e do poder disciplinar, aliada à análise documental de enunciados e resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Complementarmente, será realizada pesquisa nas principais bases jurisprudenciais, acerca da existência de posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema, a fim de conferir ao estudo uma perspectiva prática e atualizada sobre a comunicabilidade entre as instâncias. Ressalte-se a pertinência da temática em relação ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de n.º 16, o qual tem como tema “Paz, Justiça e Instituições Eficazes” (ONU, 2022).

Diante desse cenário, a presente investigação parte da premissa de que a independência das instâncias sancionatórias não se confunde com isolamento decisório, exigindo interpretação sistemática compatível com a unidade do poder sancionador estatal. Busca-se, assim, compreender em que medida a celebração e o cumprimento integral do Acordo de Não Persecução Civil podem produzir repercussões

juridicamente legítimas na esfera disciplinar, sem violar a autonomia administrativa, mas também sem admitir duplicidade material punitiva.

A hipótese central sustenta que, em situações excepcionais caracterizadas por identidade substancial dos fatos, equivalência funcional das sanções e recomposição integral do dano, admite-se a consideração dos efeitos do acordo na instância disciplinar, desde que mediante fundamentação qualificada, orientada pelos princípios da proporcionalidade, da coerência institucional e da segurança jurídica.

Antes, porém, de adentrar na análise pragmática dos efeitos do acordo sobre o processo administrativo disciplinar, faz-se imperativo delimitar os contornos dogmáticos do instituto sob exame. Compreender aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Civil e a sua evolução no sistema brasileiro não é apenas um exercício acadêmico, mas o passo necessário para identificar em que medida a vontade das partes e a homologação judicial podem vincular a atuação sancionatória da Administração Pública. Assim, a seção subsequente dedica-se a analisar os fundamentos do ANPC, estabelecendo as premissas teóricas que sustentarão o debate sobre sua repercussão nas infrações funcionais.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E PRINCIPAIS ASPECTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. DA PUNIÇÃO À CONSENSUALIDADE: A CRISE DO MODELO REPRESSIVO E A VIRADA PARADIGMÁTICA

A trajetória da Lei de Improbidade Administrativa é marcada por uma transição profunda no tratamento da tutela da probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções. Em sua redação anterior à Lei n.º 14.230/2011, a proibição de transação no art. 17, § 1º, refletia uma visão segundo a qual o interesse público seria indisponível no sentido de “imóvel” ou “não negociável”. Esse modelo, todavia, mostrou sinais de esgotamento diante da hiperjudicialização e da baixa taxa de recuperação de ativos.

A “indisponibilidade” acabava por se tornar, na prática, uma “impunidade por ineficiência”, e, três décadas depois da sua redação, o Brasil continuava em péssimas posições nos índices mundiais de corrupção, como reforça Lane (2021, p. 2):

Passados quase 30 anos da vigência da Lei Geral de Improbidade, a corrupção pública ainda é uma das maiores mazelas do país, sendo consenso que a Lei Geral de Improbidade Administrativa foi insuficiente para reduzir a corrupção no país, com poucos resultados quanto ao retorno de valores desviados aos cofres públicos. Não por menos, o Brasil ocupa a 106ª posição entre 189 países avaliados no Índice de Percepção da Corrupção, segundo revelado pelo Jornal Valor Econômico, em janeiro de 2020.

A introdução do ANPC pelo Pacote Anticrime e o seu posterior detalhamento pela Lei n.º 14.230/2021 representam não apenas uma mudança legislativa, mas um verdadeiro desafio de implementação prática. Seu êxito dependerá do equilíbrio entre flexibilidade e rigor, entre a busca por soluções efetivas e a preservação dos valores fundamentais que norteiam a administração pública, pois, “[...] hodiernamente, a higidez da Lei de Improbidade Administrativa e a sua correta aplicação representam verdadeiros meios de densificação dos direitos humanos” (AGRA, 2022, p. 64).

Supera-se a ideia de que a sanção só é legítima se imposta por sentença judicial condenatória. Agora, admite-se que a sanção pode ser fruto de um ajuste de vontades, desde que respeitados os limites da moralidade e da legalidade, bem como considerada a vantajosidade para a Administração Pública ao optar por esse meio de solução.

1.2. ASPECTOS GERAIS E PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO ANPC

O legislador de 2021 estabeleceu, de forma geral, as balizas para a celebração do acordo no art. 17-B da LIA (BRASIL, 2021), evitando que o instituto se tornasse um balcão de negócios sem critérios.

Para que o ANPC seja legítimo, ele deve observar requisitos fundamentais que precisam ser explorados:

- a. Ressarcimento Integral do Dano: o acordo não pode ser instrumento de renúncia patrimonial. A reparação ao erário é condição *sine qua non* para a viabilidade do ajuste;
- b. Reversão da Vantagem Indevida: além do dano, o proveito patrimonial obtido pelo agente deve ser integralmente perdido, preservando o caráter dissuasório da norma;
- c. Oitiva do Ente Federado Lesado: embora o Ministério Público seja o legitimado para propor o acordo, a participação (ainda que não vinculante, conforme entendimento jurisprudencial recente) do ente público prejudicado é essencial para a transparência do ato.

É nesse sentido a previsão do artigo 2º da Resolução n.º 306/2025 do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 2º O acordo de não persecução civil poderá ser celebrado a qualquer tempo, desde que proporcione suficiente proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, mediante avaliação das peculiaridades do caso concreto que indiquem ser mais vantajoso ao interesse público do que o ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou o seu prosseguimento [...] (CNMP, 2025).

Diferentemente de um contrato privado, o ANPC é um ato administrativo complexo que exige a demonstração de que a via negociada é superior à via judicial em termos de custo-benefício para a sociedade. Além disso, é necessária a homologação judicial para que produza efeitos.

1.3. NATUREZA JURÍDICA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: A HOMOLOGAÇÃO COMO FILTRO DE LEGALIDADE

Um ponto de grande debate doutrinário é a natureza da intervenção judicial no ANPC. O acordo não produz efeitos plenos apenas com a assinatura das partes: ele depende de homologação judicial, conforme exigência legal.

Essa homologação não é um mero carimbo administrativo, mas, sim, um momento em que o magistrado realiza um controle de legalidade, verificação da voluntariedade e, sobretudo, da proporcionalidade das sanções acordadas.

Assim, a homologação não é uma mera formalidade, mas condição de eficácia jurídica do acordo:

Contudo, para evitar a insegurança jurídica, é recomendável que o acordo seja homologado judicialmente. Além da segurança jurídica, a homologação judicial também evitaria a discussão sobre a legitimidade para a celebração do acordo. Isto porque, caso o acordo não seja celebrado por ambos os legitimados ativos (conjuntamente), a homologação judicial impediria que o outro colegitimado que não participou do acordo proponha ação de improbidade em face dos particulares que já firmaram o acordo de não persecução cível, ou tenha que celebrar um acordo complementar (caso não concordasse com os termos do acordo celebrado apenas com um dos colegitimados), evitando-se, assim, a violação do princípio da confiança legítima daqueles que celebram o acordo (LANE, 2021, p. 202).

É nesse momento que o ANPC ganha força de título executivo judicial. A natureza jurídica, portanto, é de um negócio jurídico processual plurilateral.

Essa característica é crucial para o tema deste artigo: se o Judiciário chancela que as sanções aplicadas no ANPC são suficientes e proporcionais para punir o ato de improbidade, abre-se o questionamento acerca de saber se a Administração Pública, em sua esfera disciplinar, poderia ignorar tal chancela e aplicar novas sanções, sob o risco de desestabilizar o sistema de justiça e gerar uma insegurança jurídica que desestimularia futuros acordos.

1.4. O ANPC COMO INSTRUMENTO DE RESOLUTIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Por fim, no âmbito do Ministério Público, o ANPC é o corolário do princípio da resolutividade, consagrado pela Recomendação n.º 54/2017 do CNMP. Ser resolutivo significa buscar a solução do conflito de forma eficaz e tempestiva (CNMP, 2017).

O Ministério Público deixa de ser apenas o “órgão acusador” para atuar como um gestor de conflitos públicos. Ao optar pelo ANPC, o *Parquet* avalia que a punição negociada cumpre as funções da pena, quais sejam, prevenção e retribuição, de forma mais satisfatória que um processo que poderia durar décadas.

Essa visão de unidade do Estado é o que nos conduz à análise, a seguir, de como essa escolha do Ministério Público repercute no poder disciplinar das Corregedorias.

2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DOGMA DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

A organização do sistema de responsabilização no Brasil repousa sobre o tradicional princípio da independência das instâncias. Segundo essa premissa, um mesmo fato pode desencadear repercussões em três esferas distintas e autônomas: a penal, a civil (na qual se insere a improbidade administrativa) e a administrativa (disciplinar). Tal separação justifica-se pela diversidade de bens jurídicos tutelados e pelas diferentes finalidades das sanções aplicadas em cada campo.

No âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, o fundamento é o poder de autotutela da Administração Pública e o vínculo hierárquico-funcional. Enquanto a ação de improbidade visa proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa sob uma ótica difusa, o PAD busca preservar a disciplina e a regularidade do serviço público.

Historicamente, os tribunais superiores consolidaram o entendimento de que a punição administrativa independe da condenação judicial, salvo nos casos de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a autoria, a exemplo do decidido no bojo do Mandado de Segurança n.º 21.629/DF (STJ, 2017).

Entretanto, se o poder punitivo é unitário, as diferentes instâncias (civil, penal e administrativa) devem atuar de forma harmônica e coordenada, e não como compartimentos estanques. A fragmentação absoluta das instâncias pode conduzir a situações de flagrante injustiça, em que o agente público é absolvido em uma esfera por ausência de dolo e punido na outra pelo mesmo fundamento ou, ainda, submetido a sanções que, somadas, revelam-se desproporcionais ao gravame causado. No contexto do ANPC, essa teoria ganha força: se o Estado já compôs o conflito e definiu a sanção adequada, a manutenção em um PAD paralelo pode configurar exercício abusivo do poder estatal.

Além disso, destaque-se que, com a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, o artigo 21, § 4º, passou a prever que a absolvição criminal em decisão colegiada, mesmo sem trânsito em julgado, pode impedir o prosseguimento da ação de improbidade, desde que haja identidade de fatos.

A independência das instâncias vem sofrendo mitigações necessárias para prestigiar o princípio da segurança jurídica. Não se trata apenas de evitar a dupla punição, mas de garantir a coerência administrativa.

3. IMPLICAÇÕES ADMINISTRATIVAS DA CELEBRAÇÃO DO ANPC: O RECORTE DO PAD

A celebração do Acordo de Não Persecução Civil na esfera da improbidade administrativa projeta relevantes, ainda que limitadas, implicações na seara disciplinar. A autonomia das instâncias (civil e administrativa), um pilar do Direito Sancionador brasileiro (LIMA e GOMES JUNIOR, 2022), impede que o acordo, por si só, vincule a Administração Pública a uma sanção específica no Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

O ANPC, ao exigir o reconhecimento da conduta ímproba e o ressarcimento ao erário, fornece um elemento probatório robusto ao PAD, acelerando a fase de instrução e tornando incontroversa a materialidade e a autoria do ato.

A Lei n.º 14.230/2021, em seu art. 18, reforça que as sanções aplicadas em outras esferas devem ser compensadas. No entanto, no caso do ANPC, a questão é anterior: se o Estado, como unidade punitiva, aceitou que determinada punição no acordo é suficiente para reprovar a conduta, a manutenção de um PAD para aplicar outra represália pode gerar uma sobreposição punitiva.

A tendência moderna aponta para que o cumprimento integral do ANPC possa ser arguido como causa de extinção da punibilidade administrativa, desde que o acordo tenha abrangido a conduta funcional em sua totalidade.

Cabe detalhar que, o alcance dessa implicação é objeto de posições doutrinárias divergentes. Uma corrente sustenta que o reconhecimento do ato ímprobo no ANPC tem força quase vinculante, devendo o PAD focar apenas na dosimetria da pena disciplinar, aproveitando o senso de justiça e eficiência conferido pela consensualidade (TONELLI JUNIOR, 2024).

Em contrapartida, outra vertente, mais rigorosa, defende que, embora o ANPC seja prova forte, o PAD deve manter sua plena cognição, sendo o acordo apenas uma confissão qualificada. Essa posição argumenta que a finalidade do PAD é distinta — tutelar a disciplina e a moralidade funcional — e que a sanção administrativa não pode ser mitigada ou afastada por um acordo de natureza patrimonial e

política, fortalecendo a independência do PAD em relação à ação de improbidade administrativa, como entendeu o Supremo Tribunal Federal no RMS n.º 29.194/DF (STF, 2011).

O ANPC frequentemente envolve o reconhecimento de fatos ou a apresentação de provas pelo investigado em troca da mitigação da sanção. Surge aqui o desafio da utilização dessas provas no PAD.

Diferentemente da colaboração premiada criminal, onde há ritos específicos, o ANPC pode funcionar como um repositório de evidências que, uma vez homologado, goza de presunção de veracidade. A Administração Pública pode utilizar o acervo probatório do acordo para instruir o PAD, mas deve-se observar uma lógica de reciprocidade: se o acordo beneficia o investigado com o reconhecimento de uma infração menor ou de circunstâncias atenuantes, esses elementos também devem ser obrigatoriamente transpostos para o julgamento administrativo, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva.

Em síntese, o ANPC atua como um catalisador processual no âmbito administrativo, fornecendo ao PAD uma prova pré-constituída da materialidade e autoria da conduta, baseada no reconhecimento do ilícito pelo próprio agente. Contudo, prevalece o entendimento de que tal instrumento negocial não subtrai a autonomia decisória da Administração Pública nem desvirtua a finalidade do processo disciplinar.

Nessa perspectiva, a homologação judicial do Acordo de Não Persecução Civil não produz, como regra, efeito vinculante automático sobre a instância administrativa disciplinar, preservando-se a autonomia do Processo Administrativo Disciplinar, em consonância com o princípio da independência das instâncias sancionatórias. A autoridade administrativa mantém, portanto, competência própria para apurar infrações funcionais e aplicar sanções, ainda que fundadas nos mesmos fatos que ensejaram a celebração do acordo.

Todavia, essa autonomia não se revela absoluta. Em hipóteses excepcionais, nas quais se verifique identidade substancial entre os fatos apurados, convergência material entre as finalidades sancionatórias, homologação judicial válida e cumprimento integral das obrigações pactuadas — especialmente quando o acordo contempla reparação do dano, recomposição do erário e medidas de readequação funcional —, admite-se, à luz dos princípios da proporcionalidade, da vedação ao *bis in idem* material, da coerência institucional e da proteção da confiança legítima, a consideração dos efeitos do acordo na esfera disciplinar, seja por meio de detração, mitigação sancionatória ou, em situações estritas e devidamente fundamentadas, reconhecimento de perda superveniente do objeto ou extinção da pretensão punitiva administrativa.

Trata-se de expressão de coordenação sistêmica do *jus puniendi* estatal, orientada pela racionalidade, pela segurança jurídica e pela integridade da atuação sancionadora.

4. ANÁLISE CRÍTICA: SEGURANÇA JURÍDICA E O DEVER DE COERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E A BOA-FÉ OBJETIVA

A introdução do ANPC no ordenamento jurídico brasileiro não pode ser lida de forma isolada das garantias fundamentais do administrado. O princípio da confiança legítima, desdobramento do princípio da segurança jurídica, impõe que o Estado mantenha uma postura coerente em suas diversas instâncias. Ao celebrar um acordo com o Ministério Público, o investigado nutre a legítima expectativa de que a sua situação jurídica perante o Estado será pacificada, conforme conceituado por Agra:

O acordo de não persecução cível é um instrumento de consensualidade por meio do qual o titular da ação civil de improbidade administrativa fixa sanções pessoais e reparações ao erário prejudicado, que, aceitas pelo investigado ou denunciado, tornam mais célere e efetiva a aplicação do microsistema da improbidade administrativa (2022, p. 267).

A boa-fé objetiva veda o comportamento contraditório do Estado, visto que seria paradoxal que o Estado, por meio do *Parquet*, reconhecesse a desnecessidade de um processo judicial longo em prol de uma solução negociada e, simultaneamente, por meio de sua estrutura administrativa, ignorasse tal composição para impor sanções que o acordo visava mitigar ou evitar. Essa desarticulação gera um desincentivo sistêmico à justiça consensual: se o acordo não garante previsibilidade quanto ao futuro funcional do servidor, o estímulo para a colaboração e para a reparação imediata do dano é severamente reduzido.

4.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: O “DIÁLOGO DAS FONTES”

Recentemente, os tribunais superiores têm sinalizado para uma visão mais unitária do Direito Administrativo Sancionador. Com a entrada em vigor da Lei n.º 14.230/2021, a jurisprudência passou a reconhecer que os princípios de Direito Penal e Processual Penal, como a retroatividade da lei mais benéfica e a proibição do *bis in idem*, permeiam tanto a improbidade quanto o PAD.

Embora ainda existam decisões que defendam a independência absoluta das instâncias, cresce o entendimento de que a comunicação entre as esferas é imperativa quando o fundamento da punição é rigorosamente o mesmo.

A jurisprudência desses tribunais tem caminhado para o que se denomina mitigação da independência das instâncias. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 1.199 (ARE 843.989), fixou a natureza de Direito Administrativo Sancionador para as ações de improbidade, o que atrai a incidência de princípios garantistas (STF, 2022).

No caso do ANPC, a homologação judicial do acordo atua como um filtro de legalidade que deve ser respeitado pela Administração, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da eficiência administrativa. O diálogo de fontes entre a LIA e o estatuto dos servidores deve ser harmonizado pelo critério da proporcionalidade, evitando-se o excesso punitivo.

CONCLUSÃO

A análise pormenorizada das implicações administrativas oriundas da celebração do Acordo de Não Persecução Civil permite inferir que o Direito Administrativo Sancionador brasileiro atravessa um estágio de redefinição ontológica, marcado pela transição de um modelo puramente retributivo e compartimentado para um sistema fundamentado na consensualidade e na resolutividade institucional.

A superação do dogma da indisponibilidade absoluta do interesse público, agora reinterpretado sob o prisma da eficiência e da pacificação social, exige o abandono de interpretações restritivas que, embora historicamente justificadas, revelam-se hoje incompatíveis com a teoria da unidade do *jus puniendi* estatal.

Ao longo desta exposição, restou evidenciado que a independência das instâncias, outrora erigida como princípio absoluto e inafastável, não pode mais ser invocada como um salvo-conduto para a desarticulação sistêmica ou para a perpetuação de processos administrativos anacrônicos. Quando o Estado, personificado pelo Ministério Público e sob o imprescindível controle jurisdicional, formaliza um negócio jurídico processual que delimita as sanções necessárias e suficientes para a reprovação de um ato de improbidade, a persistência de um Processo Administrativo Disciplinar com pretensões sancionatórias sobre o mesmo substrato fático-jurídico configura, inequivocamente, uma afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima.

Nesse contexto, a integração das esferas sancionadoras apresenta-se como um imperativo de coerência estatal, de modo que o cumprimento das obrigações pactuadas no ANPC deve reverberar na seara disciplinar, operando-se o fenômeno da detração da sanção ou, em casos de identidade substancial de propósitos punitivos, até mesmo a extinção da pretensão punitiva administrativa, por perda de objeto ou desnecessidade da pena.

A eficácia probatória do acordo, enquanto repositório de uma “verdade negociada”, impõe à Administração Pública o dever ético de observar a boa-fé objetiva, vedando o comportamento contraditório que ignora as mitigações concedidas no âmbito civil para recrudescer o tratamento dispensado ao servidor na esfera interna.

É premente, portanto, que a atuação resolutiva do Ministério Público seja acompanhada de uma coordenação interinstitucional com os órgãos de controle interno e as corregedorias, permitindo que a transação jurídica abarque a integralidade da responsabilidade funcional do agente público.

Tal hermenêutica não implica o enfraquecimento da autotutela administrativa, mas sim a sua sofisticação à luz do diálogo de fontes e da vedação ao excesso punitivo. Ao consolidar a harmonia entre o ANPC e o PAD, o ordenamento jurídico não apenas prestigia a celeridade e a recuperação do erário, mas também se alinha aos ditames internacionais de justiça e eficácia institucional, consolidando um Estado de Direito que é, simultaneamente, rigoroso na repressão ao ilícito e zeloso pela estabilidade e racionalidade de seu aparato sancionatório.

Portanto, considerando a ausência de posicionamento expresso tanto na Lei de Improbidade Administrativa quanto na Lei n.º 8.112/90, o desafio reside em navegar por essa tensão: garantir a celeridade e a efetividade do acordo sem violar os princípios constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade do controle disciplinar. A plena eficácia do ANPC dependerá da capacidade do sistema jurídico de acomodar essa negociação civil sem comprometer o rigor funcional exigido pela Lei n.º 8.112/90.

A independência das instâncias sancionatórias deve ser compreendida como autonomia coordenada, compatível com a unidade do poder sancionador estatal. A celebração e o cumprimento integral do Acordo de Não Persecução Civil não impedem, como regra, a atuação disciplinar da Administração; todavia, quando presentes identidade fática substancial, equivalência funcional das sanções e recomposição integral do dano, a consideração dos efeitos do acordo revela-se juridicamente legítima, seja por meio de detração, mitigação ou, excepcionalmente, extinção da pretensão punitiva administrativa, desde que devidamente fundamentada. Essa interpretação preserva simultaneamente a autonomia administrativa, a segurança jurídica, a proporcionalidade sancionatória e a credibilidade institucional dos mecanismos consensuais, evitando duplicidade material punitiva e reforçando a coerência sistêmica do Direito Administrativo Sancionador.

O estudo contribuiu para o aperfeiçoamento teórico da consensualidade administrativa ao propor critérios jurídicos objetivos de compatibilização entre responsabilização civil por improbidade e responsabilidade disciplinar, oferecendo parâmetros de racionalidade decisória e integridade institucional para a atuação sancionadora do Estado.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**: Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei n.º 14.230/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992**, com alterações da Lei n.º 14.230/2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 18 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 29.194/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20 de setembro de 2011. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33859/13/STF_RMS_24194.pdf>. Acesso em: 29 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843.989/PR. Tema 1.199 da Repercussão Geral**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1721349221>>. Acesso em: 9 fev. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n.º 21.629/DF**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/178697926>>. Acesso em: 10 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação n.º 54, de 28 de março de 2017**. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público na prevenção e repressão à corrupção. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendação-054.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n.º 306, de 11 de fevereiro de 2025**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CALJ/resolucoes/Resolucao-n-306.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n.º 118, de 1º de dezembro de 2014**. Institui a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Brasília, DF: CNMP, 2014. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2025.

LANE, Renata. **Acordos na Improbidade Administrativa**: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LIMA, Diogo de Araujo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Acordo de Não Persecução Cível - aspectos teóricos e práticos**: com as alterações da Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

ONU BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Nações Unidas Brasil. 2022. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 18 set. 2025.

TONELLI JUNIOR, Renato Adolfo. **O acordo de não persecução civil - ANPC e seus efeitos sobre o processo administrativo disciplinar - PAD**. Disponível em: <<https://revistas.usp.br/rdda/article/view/220503>>. Acesso em: 26 set. 2025.

SOBRE AS AUTORAS

Dayse Roberta Amaral Guimarães: Mestranda pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito e Inovação da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduada em Direito Público. Advogada.

Roberta Cruz da Silva: Doutora e Mestre em Direito. Docente do Programa de Pós-graduação em Direito e Inovação/UNICAP. Pesquisadora do GP Direito e Inovação (PPGDI/UNICAP/CNPq). Docente da FDR/UFPE. Advogada.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUPERAÇÃO DO DANO PRESUMIDO: NEM SÓ DANO, NEM SÓ SANÇÃO, MAS TAMBÉM A RESTITUIÇÃO PELO LUCRO ILÍCITO (*DISGORGEMENT*)

ADMINISTRATIVE MISCONDUCT AND OVERCOMING PRESUMED DAMAGE: NOT ONLY DAMAGE, NOR ONLY SANCTION, BUT ALSO RESTITUTION FOR ILLICIT PROFIT (DISGORGEMENT)

Bruno de Souza Martins Baptista

Resumo: O sistema jurídico de responsabilização por atos de improbidade administrativa, por tradição, sempre se limitou à ideia de busca pela recomposição do dano ao erário (para além das sanções aplicadas ao agente ímprobo), sob a lógica da função reparatória da responsabilidade civil. Todavia, essa perspectiva se mostra insuficiente para enfrentar situações em que o agente ímprobo auferiu vantagens patrimoniais significativas sem que exista, necessariamente, prejuízo equivalente ou proporcional aos cofres públicos, sobretudo após as alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/21 e o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores pela superação da ideia da aceitação do dano presumido. Neste sentido, o instituto da restituição pelo lucro ilícito (*disgorgement of profits*), fundado na vedação do enriquecimento sem causa e já reconhecido no âmbito doutrinário e jurisprudencial pátrio, surge como instrumento apto a suprir tal lacuna. Sua aplicação permite retirar/expurgar do patrimônio do infrator os ganhos indevidos decorrentes da exploração ilícita de bens e direitos, inclusive os de natureza pública, garantindo a tutela integral do patrimônio público e densificando o direito fundamental à probidade administrativa. Partindo então dessa ideia, defende-se que a pretensão de restituição pode ser veiculada por meio dos mecanismos do microssistema de tutela coletiva, a exemplo da ação civil pública ou da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), sem prejuízo da simultânea utilização da ação de improbidade administrativa, nos casos em que isso for possível. O reconhecimento dessa possibilidade não implica *bis in idem*, porquanto fundado em suportes fáticos e finalidades distintas, tendo como base a ideia de pluralidade de efeitos do ato ilícito. Assim, a restituição pelo lucro ilícito mostra-se medida de justiça e de política pública de combate à corrupção, ampliando a efetividade dos instrumentos de controle e promovendo o desestímulo de condutas lesivas à moralidade administrativa.

Palavras-chave: Restituição pelo lucro ilícito. *Disgorgement*. Improbidade administrativa. Patrimônio público.

Abstract: *The legal system for holding individuals accountable for acts of administrative misconduct has traditionally been limited to the idea of seeking redress for damages to public funds (beyond the sanctions applied to the corrupt agent), under the logic of the reparative function of civil liability. However, this perspective proves insufficient to address situations where the corrupt agent obtains significant financial advantages without necessarily corresponding or proportional damage to public coffers, especially after the changes brought about by Law No. 14.230/21 and the jurisprudential understanding of the Superior Courts regarding the overcoming of the idea of accepting presumed damage. In this sense, the institution of restitution for illicit profits (disgorgement), based on the prohibition of unjust enrichment and already recognized in national doctrine and jurisprudence, emerges as a suitable instrument to fill this gap. Its application allows for the removal from the offender's assets of undue gains resulting from the illicit exploitation of goods and rights, including those of a public nature, guaranteeing the full protection of public assets and strengthening the fundamental right to administrative probity. Based on this idea, it is argued that the claim for restitution can be pursued through the mechanisms of the collective protection microsystem, such as the public civil action, without prejudice to the simultaneous use of the action for administrative misconduct. The recognition of this possibility does not imply double jeopardy, as it is based on distinct factual supports and purposes, grounded in the idea of the plurality of effects of the illicit act. Thus, restitution for illicit profits proves to be a measure of justice and public policy in the fight against corruption, increasing the effectiveness of control instruments and discouraging conduct harmful to administrative morality.*

Keywords: *Disgorgement of profits. Administrative misconduct. Public assets.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A restituição pelo lucro ilícito na responsabilidade civil contemporânea. 3. Improbidade administrativa, dano ao erário e a superação do dano presumido. 4. Bases para a aplicação da restituição pelo lucro ilícito nos casos atos de improbidade administrativa. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A adequada e efetiva tutela do patrimônio público ocupa posição de centralidade no Estado Democrático de Direito, não apenas como expressão do princípio republicano, mas como condição de efetividade do direito fundamental à probidade administrativa. A Constituição de 1988, ao erigir a probidade administrativa como valor estruturante do regime jurídico da Administração Pública (art. 37, *caput* e § 4º), estabeleceu deveres de proteção que transcendem a mera recomposição patrimonial em face de atos ilícitos. Nesse contexto, impõe-se uma reflexão crítica acerca da suficiência dos instrumentos jurídicos tradicionalmente utilizados para enfrentar a corrupção e os desvios de recursos públicos.

O modelo clássico de responsabilização por atos que atentam contra a probidade na administração pública, fundado sobretudo na ideia de reparação dos danos (recomposição patrimonial do ente lesa-

do, além das sanções impostas ao agente ímprobo), revela-se insuficiente para dar respostas adequadas a condutas em que o agente ímprobo obtém vantagens patrimoniais expressivas sem que haja um necessário prejuízo econômico direto ou equivalente aos cofres públicos. Em tais hipóteses, limitar a reação estatal à ideia de recomposição do erário significa, em última análise, permitir que o infrator mantenha parte relevante dos ganhos obtidos com a prática ilícita, tornando o ilícito vantajoso sob a perspectiva econômica. Essa disfunção normativa compromete não apenas a eficácia das sanções, mas também a própria credibilidade das instituições de controle.

É nesse ponto que se insere o debate acerca da aplicação da função restitutória da responsabilidade civil dentro do sistema de proteção ao patrimônio público, deslocando o foco do ente lesado para o ofensor e impondo a este a obrigação de restituir os lucros auferidos em decorrência da violação de bens jurídicos alheios, notadamente quando não há um prejuízo econômico efetivo ao erário ou quando este é inferior aos ganhos efetivos do infrator com o ilícito praticado. O instituto do *disgorgement of profits*, desenvolvido inicialmente na tradição anglo-saxônica e progressivamente recepcionado pelo direito brasileiro, representa a expressão mais robusta dessa lógica. Trata-se de mecanismo que visa expurgar do patrimônio do infrator todo e qualquer ganho ilícito, assegurando que condutas antijurídicas jamais resultem em enriquecimento.

A doutrina e a jurisprudência nacionais já vêm reconhecendo a pertinência da restituição pelo lucro ilícito em diferentes áreas do direito privado, com fundamento no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil). O Superior Tribunal de Justiça, em precedentes paradigmáticos (conforme veremos adiante), admitiu a restituição dos lucros obtidos em razão de uso indevido de bens ou direitos alheios, consolidando parâmetros para a sua aplicação e quantificação.

No campo do direito público, entretanto, o debate ainda é incipiente. A Lei n.º 14.230/2021, ao reformular a disciplina jurídica da improbidade administrativa, reforçou o caráter sancionatório da ação de improbidade, mas não afastou (ao contrário, aclarou) a possibilidade de utilização de outros instrumentos de tutela do patrimônio público, abrindo espaço para o manejo de outras ferramentas de responsabilidade civil (BRASIL, 2021). A pluralidade de respostas ao ato ilícito, longe de configurar *bis in idem*, traduz-se em efetividade do sistema e concretização do princípio da tutela integral do patrimônio público.

Assim, a introdução da lógica restitutória no enfrentamento da improbidade administrativa amplia o horizonte de proteção estatal, assegurando que o agente ímprobo não apenas repare o dano causado, mas, sobretudo nos casos em que não haja um prejuízo patrimonial efetivo, seja privado do lucro obtido em decorrência do ato ilícito, fortalecendo a integridade das instituições e promovendo um desestímulo mais eficaz à corrupção.

2. A RESTITUIÇÃO PELO LUCRO ILÍCITO NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

O fenômeno da repersonalização do direito civil, que teve como expressão, entre outras, a necessidade de se analisar a função social de institutos como a propriedade e os contratos, deve também ser associado ao estudo da multifuncionalidade da responsabilidade civil, a fim de que esta possa albergar as necessidades decorrentes das novas demandas sociais (inclusive as de defesa do patrimônio público), oriundas de uma sociedade cada vez mais plural e dinâmica.

Sob esse ponto de partida, a responsabilidade civil, em um viés doutrinário mais tradicional, levou em consideração quase que exclusivamente a sua função compensatória, concentrando forças em analisar os mecanismos jurídicos aptos a ensejar a integral reparação do dano causado a outrem.

Ao focar na ideia de compensação e de recomposição do estado anterior ao ato ilícito, a responsabilidade civil deixa de abarcar as novas demandas decorrentes da sociedade de risco e das novas facetas possíveis para esta categoria do direito civil, sobretudo por se privar de exercer uma reflexão para além do dano e do lesado, muitas vezes favorecendo o ofensor, que pode, inclusive, auferir lucros por meio de atos ilícitos, sem que cause dano algum à esfera do lesado.

Ademais, ao ter enfoque quase que exclusivo na ideia de retorno ao *status quo ante*, mediante a recomposição do estado anterior do lesado, a responsabilidade civil deixa de contemplar um viés preventivo ou punitivo do ato ilícito, o que poderia contribuir para a noção de prevenção (geral ou especial) dos ilícitos civis (e, aqui, podem-se incluir os atos de improbidade administrativa, como se verá).

Assim, diante da ideia de superação da exclusividade do viés compensatório da responsabilidade civil, a doutrina tem trabalhado novas funções a serem desempenhadas por tal categoria jurídica. Para além da função reparatória, passa-se a reconhecer as funções preventiva, punitiva, restitutória e promocional, buscando ampliar o leque de possibilidades a fim de garantir a proteção dos direitos do lesado e, ainda, punir o agente ilícito, inibindo a prática de novas transgressões à norma jurídica.

Traçado este panorama sobre as novas facetas da responsabilidade contemporânea, em superação da exclusividade da função reparatória da responsabilidade civil, cabe uma análise mais específica da denominada função restitutória que, como já dito, busca restituir ao titular do patrimônio os lucros ou vantagens auferidos ilicitamente pelo ofensor, quando da exploração de bens ou direitos de outrem.

Isso porque, utilizando-se do instrumental teórico contido na visão mais tradicional da responsabilidade civil, não seria possível, por exemplo, formular pretensão visando obter a restituição do lucro ilícito obtido pelo agente por meio de seu ato, já que tal reação só seria obtida pela imposição de uma pena civil, o que depende de previsão legal expressa no ordenamento jurídico, em virtude do caráter primordialmente punitivo.

No entanto, sabe-se que, em muitos casos, a atividade ilícita é extremamente lucrativa para o agente, pois o lucro eventualmente obtido mediante a exploração indevida de bem ou direito alheio é maior do que o eventual dano que possa ser indenizado (ou até mesmo quantificado).

Nesse interim, surgiu, no direito anglo-saxão, a ideia de *restitutionary damages*, em oposição ao *punitive damages*, permitindo o desenvolvimento de uma categoria jurídica que albergue a pretensão de restituição do lucro ilícito obtido pelo agente em virtude da interferência indevida em bem ou direito alheio, criando mais um mecanismo jurídico na busca pela justiça e pela solidariedade social.

Tal movimento jurídico possibilita que o instrumental teórico da responsabilidade civil possa ser recalibrado, sempre visando atingir o máximo de eficácia, justificando o propósito do instituto e, ainda, de todo o direito privatista.

Outro ponto a se destacar é que a função restitutória promove uma superação do dogma civilista (e que pode ser aplicado a outros ramos do Direito) que atribui como consequência da prática de um ato ilícito somente uma função compensatória, sobretudo quando se verifica que a obrigação de indenizar não é a única e exclusiva consequência da prática de um ato ilícito. A ilicitude do ato, como ação contrária ao ordenamento jurídico, tem como consequência a possibilidade de geração de inúmeros efeitos, tornando possível que o sistema forneça (ou reconheça) mais de um mecanismo (isolado ou concorrente) apto a gerar uma resposta normativa efetiva.

Já no que tange especificamente ao instituto da restituição do lucro ilícito (*disgorgement*), cabe uma importante observação. Ao contrário das hipóteses fáticas que geram a reparação por um dano sofrido pela vítima, na restituição pelo ilícito lucrativo, o suporte fático que enseja a sua incidência é o incremento patrimonial do agente em virtude da violação de bens ou direitos de terceiros.

Dito isso, sobre o conceito da restituição pelo ilícito lucrativo (*disgorgement*), Aline Terra e Gisela Sampaio lecionam que este “consiste no incremento patrimonial obtido por aquele que, sem autorização, interfere em situação subjetiva alheia, e pode resultar tanto de efetivo aumento do ativo, quanto de diminuição do passivo ou poupança de certa despesa” (TERRA; GUEDES, 2021, p. 8).

Seguindo tal ideia, o lucro da intervenção estará configurado quando o agente experimentar vantagem patrimonial pela indevida interferência em patrimônio alheio (*gain-based*), sendo irrelevante a ocorrência ou não de um dano em desfavor do titular do bem ou direito violado.

A fim de contribuir para uma delimitação conceitual do instituto e buscando consolidar a produção acadêmica sobre o tema, o Enunciado n.º 620 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe que “a obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa” (CNJ, 2018).

Já em relação ao histórico da restituição pelo lucro ilícito, no direito inglês houve a publicação da

Law of Restitution em 1966 (GOFF; JONES, 1978), na qual foi anunciada a ideia da existência de um remédio restitutivo fundado na noção de enriquecimento sem causa (ROSENVALD; KUPERMAN, 2017). No âmbito jurisprudencial, o *leading case* ocorreu em 1991, no caso *Lipkin Gorman V. Karpnale Ltd.*, no qual foi reconhecida a possibilidade de formulação de pretensão restitutória em virtude do enriquecimento ilícito de uma pessoa jurídica decorrente do recebimento de valores oriundos da prática de jogos de azar, considerados ilegais no ordenamento jurídico inglês.

Feita essa consideração de natureza histórica, vale pontuar que a obrigação de restituir configura o inverso da ideia de compensação. Isso porque não é na esfera patrimonial do lesado, mas na do lesante, que se recompõe a situação que existiria se não fosse a intervenção ilícita. Portanto, ao se estender a obrigação de restituir todo e qualquer lucro causado pela indevida intromissão, reconduz-se o patrimônio do ofensor (e não da vítima) a uma situação próxima àquela em que estaria se não houvesse praticado a ação que lhe trouxe a vantagem.

Ademais, reafirmando o que fora dito acima, o suporte fático do incremento patrimonial do agente é a violação de bens ou direitos de terceiros, o que fundamenta a incidência da vedação ao enriquecimento sem causa como base jurídica para a formulação da pretensão restitutória (art. 884 do Código Civil).

A restituição pelo lucro ilícito possui, assim, como fundamento jurídico imediato, a vedação do enriquecimento sem causa. Aplicam-se, portanto, os pressupostos da ocorrência do locupletamento ilícito, a saber: a) enriquecimento patrimonial (o balanço do estado patrimonial do ofensor, com a apuração da diferença entre o que existia antes e o que passa a existir após a intervenção); b) enriquecimento à custa de outrem (o enriquecimento tem como suporte fático o patrimônio alheio, independentemente de um correlato empobrecimento); c) sem causa (o ofensor age sem amparo no ordenamento jurídico ou não ostenta justo título apto a tornar legítima a intervenção na esfera alheia).

Já sobre as possíveis hipóteses fáticas de configuração do instituto, podem-se listar as seguintes: a) a prática de ato ilícito que causa dano maior que o lucro; b) a prática de ato ilícito que causa lucro maior que o dano; c) a violação de direito causadora apenas de lucro; d) o uso, ainda que de boa-fé, de direito alheio; e) a intervenção que gera dano e lucro com suportes fáticos distintos. Percebe-se que o modelo reparatório de responsabilidade civil só alcança suficiente efetividade na primeira hipótese, evidenciando a importância da função restitutória nas demais situações.

Delineados os contornos teóricos da restituição pelo ilícito lucrativo, cabe analisar a posição dos tribunais quanto ao seu reconhecimento e à forma de aplicação. Nesse sentido, o primeiro caso em que houve a menção ao instituto, embora sem maior aprofundamento, ocorreu no âmbito do STJ, no Recurso Especial Repetitivo n.º 1.552.434/GO (BRASIL, 2018b), em que a “teoria do lucro da intervenção” foi usada como *ratio decidendi*.

Contudo, foi no julgamento do Recurso Especial n.º 1.698.701 que o STJ efetivamente aplicou o instituto, erigindo as bases para a aplicação (BRASIL, 2018a):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos. 3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele. 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. 6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, à custa do demandante. 7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor. 8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica. 9. Recurso especial provido.

Assim, o STJ, com base no julgado supracitado, não apenas se debruçou sobre o tema, como também estabeleceu balizas importantes para sua aplicação no caso concreto.

Do aludido julgado, é possível extrair algumas premissas principais: a) a insuficiência da responsa-

bilidade civil clássica para solucionar todas as controvérsias oriundas do caso e a relevância da incidência do instituto da vedação do enriquecimento sem causa; b) a compatibilidade do previsto no art. 886 do Código Civil com a lógica do lucro da intervenção, inclusive por meio da combinação dos instrumentos de responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa; c) a caracterização do enriquecimento independe de correspondente empobrecimento; d) a necessidade de análise do grau de contribuição do intervenor no lucro obtido (relevância causal da conduta) estabelece a realização de prova pericial.

Portanto, com base nos aspectos do instituto da restituição do lucro ilícito, conclui-se que há consistente desenvolvimento/embasamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, a permitir sua aplicação nas hipóteses fáticas que ensejam o manejo desse remédio restitutivo. No entanto, há a necessidade de uma regulamentação legislativa mais específica e pormenorizada, a fim de proporcionar maior segurança jurídica, evitando, assim, a aplicação do instituto quase que exclusivamente pelo “direito judicial”.

Feitas tais considerações, passa-se à análise da possibilidade de sua aplicação em face de atos de improbidade administrativa que eventualmente causem lucro ilícito ao agente ímprobo, sobretudo como alternativa à obrigatoriedade de mensuração, *ab initio*, do dano efetivo ao erário como fundamento para a ação de improbidade administrativa.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DANO AO ERÁRIO E A SUPERAÇÃO DO DANO PRESUMIDO

A evolução normativa e jurisprudencial recente demonstra que o debate sobre dano ao erário – especialmente a dicotomia entre dano presumido e dano efetivo – tornou-se central para a efetividade da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no Brasil. A seguir, tecem-se breves comentários acerca da natureza da improbidade como ilícito pluriofensivo, do modelo do dano presumido, da virada legislativa e jurisprudencial e das consequências práticas dessa mudança.

Como é sabido, a ocorrência de atos de improbidade administrativa não enseja apenas sanções dirigidas ao agente, mas, por violarem valores constitucionais múltiplos, configura ilícito civil que possibilita, ao mesmo tempo, o manejo de ferramentas distintas de responsabilidade civil.

A Lei n.º 8.429/1992 consagrou, no art. 12, a aplicação concomitante de restituição do dano, penas pecuniárias e sanções de inelegibilidade ou suspensão. Nesse sistema híbrido — sancionador e reparatório —, o dano ao erário sempre ocupou posição destacada. Para muitos, a Lei de Improbidade supôs que, para alguns atos tipificados no art. 10, a lesão patrimonial estaria presente e poderia admitir tratamento simplificado, inclusive mediante presunção. Sob este fundamento, consolidou-se a ideia de que determinados atos (em especial, a dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação) geravam auto-

maticamente dano ao erário, de forma presumida.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ chegou a sustentar, durante anos, que nos casos em que o dano decorre da contratação irregular proveniente de fraude a processo licitatório, este, nessas circunstâncias, é *in re ipsa*, na medida em que o poder público deixa de, por condutas de determinados agentes, contratar a melhor proposta (BRASIL, 2017).

O STJ, dentro dessa temática, afetou à sistemática de precedentes o Tema 1.096, a fim de definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configurava ato de improbidade que causa dano presumido ao erário.

No entanto, a Lei n.º 14.230/2021 promoveu uma reestruturação do sistema normativo de combate à improbidade administrativa, e uma das alterações mais incisivas foi a modificação do art. 10 (entre outras previsões similares ao longo do texto normativo), que passou a exigir que o dano ao erário seja efetivo e comprovado (BRASIL, 2021).

Tal mudança expressa se inseriu como marco de superação do paradigma da presunção do dano, inclusive no inciso VIII do art. 10, que trata da dispensa indevida de licitação. A nova redação condiciona a tipificação do ato de improbidade à ocorrência de dano patrimonial concreto e delimitável.

Neste interim, em 2024, a Primeira Seção do STJ cancelou o Tema 1.096, restaurando a tramitação dos recursos que estavam suspensos diante da referida afetação. O STJ, ao reanalisar a temática, declarou que “não é possível mais manter o precedente uniforme que admitia dano presumido ao erário em casos de dispensa irregular de licitação ou licitação frustrada”, diante da clara configuração normativa da matéria pelo legislador ordinário.

Já em julgado mais recente do STJ, a Primeira Turma decidiu por unanimidade que “a condenação com base no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa não pode mais ser aplicada com fundamento na presunção de lesão aos cofres públicos” e que “sem o dano efetivo, não há como reconhecer o ato ímprobo” (BRASIL, 2024a).

A jurisprudência mais recente tem reiterado este posicionamento: não basta alegar ato ímprobo, é imperativo demonstrar o dano patrimonial concreto.

No entanto, tal mudança legislativa e jurisprudencial impõe consequências profundas, tais como excessivo rigor quanto ao ônus da prova nas ações de improbidade administrativa, o menor alcance dos tipos previstos na Lei, o que pode gerar proteção deficiente do bem jurídico, bem como a necessidade imperiosa da distinção entre reparação do dano e outras ferramentas de tutela do patrimônio público. Neste último caso, dado que muitas situações não terão dano efetivo demonstrável, deve-se reforçar que a restituição do lucro ilícito não depende do paradigma reparatório do dano, mas da expropriação de

vantagens indevidas obtidas pelo agente. Essa via torna-se especialmente importante diante da limitação instrumental da ação reparatória, conforme já anunciado.

A reforma da Lei de Improbidade foi, então, alvo de críticas contundentes, especialmente por promover a exigência de dano efetivo em um contexto histórico de impunidade e dificuldade probatória nos casos de corrupção. A nova exigência foi vista como uma concessão às pressões políticas, capaz de fragilizar a efetividade da responsabilização.

Por sua vez, seus defensores argumentam que a antiga prática da presunção de dano configurava verdadeira inversão indevida do ônus da prova e risco incompatível com garantias processuais. A mudança legislativa, de acordo com essas vozes, estaria alinhada ao princípio do devido processo legal e ao princípio basilar de que não se condena sem prova dos elementos constitutivos da tipologia dos atos de improbidade administrativa.

A controvérsia então reparte-se, em última análise, entre dois vetores: a exigência de segurança jurídica, que impede condenações arbitrárias, e a necessidade de instrumentos eficazes de controle do desvio de recursos públicos. Nesse sentido, entende-se que a exigência de comprovação do dano efetivo não precisa significar retrocesso. Ao contrário, pode estimular o uso de modelos híbridos: reparação, quando possível, restituição do lucro ilícito, quando apropriado.

Com a vedação expressa ao dano presumido e o reforço da prova do dano efetivo, muitos casos antes tratados sob a lógica reparatória pura ficam sem tutela suficiente. É nesse vácuo que a função ressatutória ganha relevo: ela permite que o agente devolva o que auferiu indevidamente (lucro ilícito), sem depender da necessária comprovação de dano ao erário.

Seguindo essa linha, o uso de ferramentas múltiplas de responsabilidade civil, para além da lógica reparatória, pode contribuir para uma tutela integral e mais efetiva do patrimônio público, com aplicação direta a determinados atos de improbidade administrativa.

Nesse cenário pós-reforma, a restituição pelo lucro ilícito atua como contrapeso à restrição da via reparatória: nem só dano, nem só sanção, mas também restituição.

No entanto, tal possibilidade de manejo naturalmente levanta questões jurídicas (materiais e procedimentais) que necessitam de categorização, definição e uniformização, as quais serão abordadas no capítulo a seguir.

4. BASES PARA A APLICAÇÃO DA RESTITUIÇÃO PELO LUCRO ILÍCITO NOS CASOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme mencionado no parágrafo anterior, a imprescindibilidade da comprovação do dano efetivo ao erário, após a reforma da Lei de Improbidade Administrativa e decisões recentes do STJ, torna ainda mais premente o desenvolvimento teórico e jurisprudencial de um mecanismo alternativo de combate aos atos ímprobos: a restituição pelo lucro ilícito. Ademais, com base nos fundamentos teóricos apresentados nos capítulos anteriores e na aplicação do *disgorgement* pelos Tribunais (inclusive os de Contas), é possível delinear parâmetros seguros para sua aplicação nos casos de ilícitos praticados no contexto da defesa do patrimônio público.

Nesse interim, um primeiro aspecto a ser abordado se refere ao fato de que a restituição pelo lucro ilícito não substitui, mas complementa, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, justamente por possuírem naturezas jurídicas diversas. Enquanto estas visam punir pessoalmente o agente (perda de função, suspensão de direitos políticos, multa civil), possuindo natureza predominantemente sancionatória, a restituição pelo lucro ilícito tem natureza restitutória, cujo foco é a expropriação do ganho indevido.

Isso porque tal instrumento busca trazer uma alternativa para os casos em que se considera insuficiente o mero ressarcimento ao erário ou quando ele é inexistente (sobretudo nos casos em que não há sobrepreço, superfaturamento ou o serviço é prestado, ainda que o contrato seja nulo), evitando também a alegação de enriquecimento ilícito da Administração Pública, proporcionando uma forma legítima de expurgar do agente os lucros ilícitos que obteve por tal ilegalidade, sem necessidade de recorrer necessariamente ao viés ressarcitório¹.

Tal entendimento equaliza e soluciona um problema lógico: não se deve condenar o agente (ou particular) à devolução de valores pagos se o objeto do contrato foi efetivamente (e regularmente) executado — sob pena de a Administração obter indevidamente vantagem patrimonial. No entanto, o manejo da tutela restitutória autoriza, a *contrario sensu*, que a restituição do que exceda ao valor justo possa encontrar respaldo jurídico, pois a obrigação de restituir lucros indevidos é uma decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa e da própria ilicitude do ato praticado, desvinculado da necessária existência de dano patrimonial ao erário.

Além disso, observa-se, no âmbito das cortes de contas, a adoção de critérios referentes aos lucros ilegítimos (ou *disgorgement*) como complemento à reparação do prejuízo. O Acórdão n.º 1.842/2022 do TCU, por exemplo, firmou a tese de que, em contrato nulo por fraude, devem ser incluídos os lucros

1 “Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública”. Cf. BRASIL, 2017.

ilegítimos no cálculo do débito da contratada, na medida em que se trata de “pagamentos já realizados com parcela de lucro indevida”, reconhecendo a existência e aplicação do instituto (BRASIL, 2022).

Tal julgado revela que, no âmbito do controle externo, já há o reconhecimento de que o dano ao patrimônio público (além do prejuízo efetivo, quando existente) inclui parcela de vantagem ilícita auferida pelo particular em razão do ato inválido, compreensão esta reafirmada por tal Corte de Contas no Acórdão n.º 1.835/2024 (BRASIL, 2024b).

A restituição pelo lucro ilícito exerce, portanto, um papel preventivo de magnitude: ao impor ao agente responsável que devolva o ganho indevido, elimina o atrativo econômico da corrupção e da malversação de recursos públicos. Essa mensagem é reforçada institucionalmente quando o controle externo (TCU) ou o Poder Judiciário exigem essa restituição, sinalizando à sociedade que o ilícito não é meramente sancionado, mas financeiramente ineficaz ao agente.

Na esfera do TCU, a aceitação da tutela restitutória (mediante a aplicação da teoria do produto bruto mitigado) tem sido vista como instrumento para reforçar o princípio da vedação do enriquecimento sem causa e para garantir que o Estado não incentive o lucro ilícito. Tal fundamentação está alinhada à função pedagógica da restituição e, por consequência, à responsabilidade civil contemporânea: transmite à administração pública, aos agentes e ao setor privado que a torpeza econômica não será tolerada.

Partindo desse cenário e diante de decisões favoráveis no Tribunal de Contas da União, é imprescindível que o Ministério Público aprimore tal instrumento e o consolide como mais uma ferramenta de combate à corrupção, a fim de que o Poder Judiciário solidifique seu entendimento a favor do *disgorgement* aplicado dentro do sistema de repressão aos atos ímprobos.

Dentro dessa perspectiva, cumpre salientar que, para além da fundamentação legal autorizativa para a aplicação do *disgorgement* no ordenamento jurídico brasileiro, trazida de forma geral, a sua aplicação como ferramenta de defesa do patrimônio público encontra fundamento direto na previsão dos artigos 148 e 149 da Lei n.º 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos)², não havendo que se falar em ausência de base legislativa para a instrumentalização do referido instituto.

2 “Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa. Cf. BRASIL, 2021.

Portanto, toda a construção realizada ao longo deste texto busca confirmar que a restituição do lucro ilícito não é mera especulação teórica: trata-se de caminho já percorrido, ainda que incipiente, no controle público brasileiro. Ao distinguir claramente sanção de restituição, definir critérios de aplicação robustos e assumir função preventiva e pedagógica, o modelo do *disgorgement* se mostra apto a colmatar as lacunas do paradigma reparatório estrito, sobretudo após a exigência de dano efetivo na nova versão da Lei de Improbidade Administrativa.

Feitas tais considerações, cabe aqui anunciar, ainda que timidamente, algumas questões jurídicas a serem previamente delimitadas.

A primeira delas se refere ao instrumento jurídico adequado para veiculação da tutela restitutória, de forma autônoma e independente da ação de improbidade administrativa.

Uma primeira possibilidade consiste na veiculação da pretensão restitutória utilizando-se da abertura normativa prevista no artigo 19, inciso I, da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), que prevê, como modalidade de sanção à pessoa jurídica, o “perdimento de bens, direitos e valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração”³, sendo plenamente defensável que o lucro ilícito auferido pelo agente constitui vantagem obtida com o ato ilícito praticado.

No entanto, malgrado juridicamente possível, do ponto de vista técnico-jurídico a veiculação do *disgorgement* no bojo da lei anticorrupção merece uma importante consideração.

Isso porque, considerando que a restituição pelo lucro ilícito possui natureza restitutória (função restitutória da responsabilidade civil), e não ressarcitória ou punitiva, conforme vem assentando a doutrina civilista especializada e os mencionados julgados paradigmáticos do TCU, poder-se-ia afirmar que não seria possível sua utilização por meio de um instrumento sancionatório, já que possui natureza jurídica diversa deste.

No entanto, cabe ressaltar que assim, como na ação de improbidade administrativa é possível veicular pretensão ressarcitória/reparatória (ressarcimento ao erário) e punitiva (demais sanções do art. 12 da LIA), na LAC também tal cumulação de instrumentos diversos de responsabilidade civil é viável, inclusive com potencial aplicação analógica do disposto no artigo 17, § 16, da Lei de Improbidade Admi-

.....

3 “Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”. Cf. BRASIL, 2013.

nistrativa⁴ (conversão em ação civil pública), caso o Poder Judiciário entenda que a restituição pelo lucro ilícito não pode ser considerada sanção.

Ademais, outra possibilidade jurídica, com menores problemas, consiste na utilização da ação civil pública (e todo o regramento do microssistema de tutela coletiva) para a busca da restituição do lucro ilícito em face de atos que violem a moralidade administrativa, já que o seu manejo desvincula o *disgorgement* de qualquer instrumento processual de natureza predominantemente sancionatória.

Nesse sentido, outro ponto que indica que esse último meio se torna mais vantajoso é a possibilidade de destinação dos valores expurgados do agente infrator a um dos fundos de direitos difusos previstos na Lei da Ação Civil Pública, evitando a possível alegação de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Por fim, um último ponto a ser definido refere-se ao prazo prescricional para o ajuizamento de pretensão de natureza restitutória: deve-se observar o prazo prescricional previsto na lei de ação popular — em respeito à integração desta ferramenta jurídica dentro do microssistema de tutela coletiva — ou os prazos previstos no Código Civil para pretensão de ressarcimento nos casos da responsabilidade contratual ou extracontratual?

Independentemente de tais questões jurídicas levantadas, fato é que, dispondo de todo o instrumental (material e processual) previsto no microssistema de tutela coletiva, a aplicação da tutela restitutória aos ilícitos cometidos em face dos entes públicos poderá consolidar-se como instrumento autônomo de tutela do patrimônio público.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho busca evidenciar que a tutela do patrimônio público no Brasil exige um redesenho de seus fundamentos dogmáticos e de seus instrumentos jurídicos. A tradição, centrada na função reparatória da responsabilidade civil e no ressarcimento dos danos ao erário, mostrou-se incapaz de responder integralmente às novas configurações dos ilícitos praticados em face de entes públicos, sobretudo em contextos em que não há prejuízo econômico comprovado ou auferível de plano, mas em que agentes ímprobos logram auferir vantagens patrimoniais expressivas.

.....

4 “Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. [...]”

§ 16. A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”. Cf. BRASIL, 1992.

O advento da Lei nº 14.230/2021 e a guinada jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a aceitação do dano presumido e condicionar a condenação ao reconhecimento de dano efetivo, acentuaram essa insuficiência. Se, por um lado, a exigência de comprovação de prejuízo buscou representar suposto avanço em termos de garantias processuais e de segurança jurídica, por outro, abriu espaço para situações de aparente impunidade, em que a atividade ilícita permanece lucrativa por ausência de prejuízo mensurável aos cofres públicos. Esse descompasso compromete não apenas a credibilidade das instituições, mas também a própria efetividade do direito fundamental à probidade administrativa.

É nesse cenário que se projeta a pertinência do instituto da restituição pelo lucro ilícito (*disgorgement*), fundado, dentre outras normas jurídicas, no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil) e já reconhecido em diferentes áreas do Direito pela doutrina e pela jurisprudência nacional. Ao deslocar o foco da vítima para o ofensor, esse mecanismo permite expurgar do patrimônio do infrator toda vantagem patrimonial obtida em decorrência da prática ilícita, independentemente da comprovação de dano ao erário. Trata-se, portanto, de uma forma de tutela autônoma, que não se confunde com a sanção da improbidade, nem com a reparação *stricto sensu*, mas que se apresenta como via paralela e complementar de proteção do patrimônio público.

Do ponto de vista processual, a restituição de lucros ilícitos pode ser perseguida no âmbito do microssistema de tutela coletiva, já que a cumulação com eventual ação de improbidade não implica *bis in idem*, pois os fundamentos e finalidades são distintos: enquanto a improbidade busca reprimir condutas violadoras da moralidade administrativa mediante sanções, a restituição visa apenas retirar os ganhos indevidos do agente, desestimulando economicamente a prática de ilícitos.

Além disso, a experiência recente do Tribunal de Contas da União, ao reconhecer a necessidade de restituição de lucros ilegítimos em contratos nulos por fraude, demonstra a viabilidade prática e a utilidade dessa via. Ao impor a devolução de vantagens ilícitas, mesmo quando não se verifica dano mensurável ao erário, o TCU reforça o princípio republicano de que a Administração não pode se tornar fonte de enriquecimento ilícito de particulares.

Assim, a restituição pelo lucro ilícito se apresenta como instrumento de justiça material e de política pública de combate à corrupção. Sua aplicação não apenas complementa a função reparatória, mas fortalece a integridade do sistema jurídico e reafirma a máxima de que a improbidade jamais deve ser economicamente vantajosa. A conjugação entre reparação de danos, aplicação de sanções e expropriação de lucros ilegítimos representa, portanto, um modelo mais sofisticado e coerente de tutela integral do patrimônio público.

Em conclusão, é possível afirmar que o instituto da restituição pelo lucro ilícito não apenas é juridicamente aplicável, mas se mostra indispensável no contexto atual de combate à improbidade administrativa. Ao retirar dos agentes ímprobos qualquer expectativa de vantagem patrimonial, assegura-se não apenas a efetividade da ordem jurídica, mas também a realização concreta do direito fundamental

à probidade administrativa. Nesse sentido, a ideia aqui defendida se revela não apenas tecnicamente sólida, mas institucionalmente necessária, reafirmando a responsabilidade do Ministério Público e do sistema de justiça na construção de uma tutela integral e efetiva do patrimônio público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 12 fev. 2026.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 12 fev. 2026.

BRASIL. **Lei n.º 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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 12 fev. 2026.

BRASIL. **Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.230-de-25-de-outubro-de-2021-354623102>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial n.º 1.929.685.** Tocantins. 2024a. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 27/08/2024. Data de Publicação: DJe 02/09/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial n.º 728341.** São Paulo. 2017. Relator: Ministro OG Fernandes. Data de Julgamento: 14/03/2017. Data de Publicação: DJe 20/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n.º 1698701.** Rio de Janeiro. 2018a. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 2/10/2018. Data de Publicação: DJe 8/10/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.842/22.** 2022. Plenário. Relator: Antonio Anastasia. 10/08/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1835/2024.** 2024b. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. 04/09/2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Recurso Especial n.º 1552434.** Goiás. 2018b. 2015/0206990-0. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 13/6/2018. Segunda

Seção, JUSBRASIL. Data de Publicação: DJe 21/06/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/592636145/recurso-especial-resp-1552434-go-2015-0206990-0/inteiro-teor-592636150>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

CNJ. **Enunciado n.º 620**. 2018. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1169>. Acesso em: 19 out. 2021.

GOFF, Sir Robert; JONES, Gareth. **The Law Of Restitution**. 1978. Disponível em: <<https://www.canlii.org/w/canlii/1980CanLIIDocs102.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *Disgorgement*? In: **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Volume 14. 2017. p. 11-31.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Volume 29. Belo Horizonte, 2021.

SOBRE O AUTOR

Bruno de Souza Martins Baptista: Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, com período de mobilidade estudantil/intercâmbio Erasmus+ na Universidade de Castilla-La Mancha – UCLM, Espanha. Mestre em Direito pelo Cesmac – Centro Universitário de Maceió. Especialista em *Compliance* para a Prevenção da Corrupção pela NOVA School of Law. Especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)/MG. Promotor de Justiça e Coordenador do Núcleo de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Alagoas.

ANÁLISE DA ESTRUTURA DOS PLANOS PLURIANUAIS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ACRE (2022-2025): LIMITAÇÕES, TRANSPARÊNCIA E DESAFIOS AO PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL

ANALYSIS OF THE STRUCTURE OF MULTI-YEAR PLANS OF THE MUNICIPALITIES OF THE STATE OF ACRE (2022-2025): LIMITATIONS, TRANSPARENCY AND CHALLENGES TO GOVERNMENTAL PLANNING

Erika Costa da Silva

Resumo: O Plano Plurianual (PPA) constitui o principal instrumento de planejamento governamental de médio prazo no Brasil, responsável por estabelecer diretrizes, objetivos e metas da administração pública. No âmbito municipal, entretanto, observa-se recorrente fragilidade estrutural na elaboração desses instrumentos, o que compromete sua função estratégica e sua capacidade de orientar políticas públicas orientadas a resultados. O presente artigo tem como objetivo analisar a estrutura dos Planos Plurianuais dos 22 municípios do Estado do Acre, referentes ao quadriênio 2022-2025, com foco na identificação de limitações estruturais, fragilidades metodológicas e desafios relacionados à transparência e ao monitoramento das políticas públicas. A pesquisa caracteriza-se como descritiva, com abordagem qualitativa e quantitativa, baseada na análise documental dos instrumentos disponibilizados nos portais de transparência municipais. Os resultados evidenciam predominância de viés contábil e formalista, ausência de indicadores de desempenho, fragilidade da participação social e lacunas na transparência substantiva. Conclui-se que o fortalecimento da estrutura dos PPAs municipais é condição indispensável para o aprimoramento da governança pública e da efetividade das políticas públicas no âmbito local.

Palavras-chave: Planejamento governamental. Plano Plurianual. Políticas públicas. Transparência. Gestão municipal.

Abstract: The Multi-Year Plan (Plano Plurianual – PPA) is the main medium-term governmental planning instrument in Brazil, responsible for establishing guidelines, objectives and targets for public administration. However, at the municipal level, recurring structural weaknesses have been observed in the preparation of these instruments, compromising their strategic function and their ability to guide results-oriented public policies. This article aims to analyze the structure of the Multi-Year Plans of the 22 municipalities of the State of Acre, for the period 2022–2025, focusing on identifying structural limitations, methodological weaknesses, and challenges related to transparency and policy monitoring. The study is descriptive in nature, adopting both qualitative and quantitative approaches, based on documentary analysis of planning

instruments available on municipal transparency portals. The findings reveal a predominance of accounting-oriented and formalistic approaches, absence of performance indicators, weak social participation, and gaps in substantive transparency. The study concludes that strengthening the structural quality of municipal PPAs is essential for improving public governance and enhancing the effectiveness of local public policies.

Keywords: Government planning. Multi-Year Plan. Public policies. Transparency. Municipal management.

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Referencial teórico e normativo; 3.1. Planejamento governamental e políticas públicas no âmbito municipal; 3.2. O plano plurianual como instrumento central do planejamento público; 3.3. Estrutura mínima do PPA e o modelo de orçamento-programa; 3.4. Transparência, participação social e controle no planejamento público; 4. Resultados e discussão; 4.1. Estrutura dos planos plurianuais dos municípios do estado do acre; 4.2. Classificação dos municípios por nível de conformidade estrutural; 4.3. Principais limitações estruturais identificadas nos PPAs municipais; 5. Transparência e acesso à informação nos planos plurianuais; 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O planejamento governamental constitui uma função estratégica essencial, na medida em que orienta a alocação de recursos, a definição de prioridades e a implementação de políticas públicas voltadas à promoção do bem-estar social. No contexto brasileiro, marcado por restrições fiscais, desigualdades regionais e elevada dependência de transferências intergovernamentais, a qualidade dos instrumentos de planejamento assume papel ainda mais relevante, especialmente no âmbito municipal.

Entre os instrumentos que compõem o sistema de planejamento e orçamento público, o Plano Plurianual (PPA) destaca-se como o principal mecanismo de planejamento de médio prazo, responsável por estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para um período de quatro anos, conforme disposto no artigo 165 da Constituição Federal de 1988. O PPA exerce função estruturante ao orientar a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), assegurando coerência entre planejamento estratégico e execução orçamentária.

Apesar de sua centralidade no ordenamento jurídico e na gestão pública, diversos estudos e experiências institucionais indicam que, no âmbito municipal, o PPA frequentemente assume caráter predominantemente formal, limitado ao cumprimento de exigências legais e fiscais, sem refletir, de maneira consistente, um planejamento orientado a resultados, baseado em diagnóstico, definição de prioridades, indicadores de desempenho e mecanismos de monitoramento e avaliação. Essa fragilidade compromete não apenas a efetividade das políticas públicas, mas também a transparência, o controle social e a capacidade de atuação dos órgãos de controle.

No Estado do Acre, essa problemática adquire contornos específicos em razão das características socioeconômicas dos municípios, da limitação de quadros técnicos especializados em planejamento governamental e da elevada dependência de recursos transferidos pela União e pelo Estado. Entre os anos de 2022 e 2024, os municípios acreanos receberam aproximadamente R\$ 5 bilhões em transferências intergovernamentais, o que reforça a necessidade de instrumentos de planejamento capazes de orientar a aplicação eficiente e estratégica desses recursos.

Diante desse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar a estrutura dos Planos Plurianuais dos 22 municípios do Estado do Acre, referentes ao quadriênio 2022-2025, com foco na identificação de limitações estruturais, fragilidades metodológicas, práticas de transparência e desafios relacionados ao monitoramento das políticas públicas. Busca-se avaliar em que medida esses instrumentos atendem aos requisitos mínimos estabelecidos pela legislação vigente e por manuais técnicos de referência, bem como discutir as implicações dessas fragilidades para a eficácia do planejamento governamental municipal.

Ao realizar uma análise empírica baseada em documentos oficiais disponibilizados nos portais de transparência municipais, este estudo pretende contribuir para o debate acadêmico e institucional sobre a qualidade do planejamento público no âmbito local, oferecendo subsídios tanto para o aprimoramento da atuação dos gestores municipais quanto para o fortalecimento do papel indutor dos órgãos de controle e fiscalização, em especial do Ministério Público, na promoção de boas práticas de governança e planejamento orientado a resultados.

2. METODOLOGIA

O presente estudo caracteriza-se como uma pesquisa de natureza descritiva, com abordagem qualitativa e quantitativa, fundamentada na análise documental dos instrumentos de planejamento e orçamento público dos municípios do Estado do Acre. A opção por essa metodologia decorre da necessidade de examinar, de forma sistemática, a estrutura formal dos Planos Plurianuais e os elementos que os compõem, por meio de fontes oficiais e publicamente disponíveis.

O universo da pesquisa abrange os 22 municípios do Estado do Acre, sendo analisados os Planos Plurianuais vigentes no quadriênio 2022-2025. A coleta de dados foi realizada exclusivamente por meio dos portais institucionais de transparência das prefeituras municipais, considerando apenas os documentos disponibilizados até 14 de abril de 2025. Não foram incluídos na análise documentos não publicados ou informações obtidas por meio de solicitações formais aos entes municipais, o que constitui uma limitação metodológica assumida pelo estudo.

Os documentos analisados compreenderam: (i) as leis que instituem os Planos Plurianuais municipais; (ii) os anexos integrantes dos PPAs, quando disponíveis, especialmente aqueles que detalham programas, objetivos, metas e indicadores; e (iii) informações complementares constantes nos portais

de transparência que contribuíram para a compreensão da estrutura dos instrumentos de planejamento. Adicionalmente, foram considerados os registros de publicação da LDO e da LOA, com o objetivo de analisar aspectos relacionados à transparência e ao acesso à informação.

Para a análise da estrutura dos PPAs, foi adotado um critério de conformidade, baseado na verificação da presença ou ausência de componentes considerados essenciais para um PPA devidamente estruturado, à luz da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional e das orientações contidas em guias e manuais técnicos de referência. Dentre os componentes analisados destacam-se: diretrizes estratégicas, eixos temáticos, objetivos estratégicos, programas, metas físicas, indicadores de desempenho e vinculação com os instrumentos orçamentários.

Com base nesse critério, os municípios foram classificados em quatro níveis de conformidade — alto, médio, baixo e muito baixo — conforme a quantidade e a qualidade dos elementos estruturantes identificados nos respectivos PPAs. Essa classificação permitiu a construção de análises comparativas e a identificação de padrões e fragilidades recorrentes no planejamento municipal acreano.

Os dados quantitativos foram sistematizados em planilhas e representações gráficas, enquanto a análise qualitativa concentrou-se na interpretação do conteúdo dos documentos, na identificação de distorções conceituais e na avaliação da aderência dos PPAs aos princípios do planejamento orientado a resultados, da transparência e da participação social. Os resultados obtidos foram discutidos à luz do referencial teórico e normativo, buscando-se estabelecer conexões entre os achados empíricos e os desafios estruturais do planejamento governamental no âmbito municipal.

3. REFERENCIAL TEÓRICO E NORMATIVO

3.1. PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL E POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO MUNICIPAL

O planejamento governamental constitui um dos pilares centrais da gestão pública moderna, estando diretamente relacionado à capacidade do Estado de formular, implementar e avaliar políticas públicas de forma eficiente, eficaz e orientada a resultados. No contexto das políticas públicas, o planejamento assume a função de articular diagnóstico, definição de objetivos, escolha de instrumentos e alocação racional de recursos, buscando responder a problemas públicos complexos e dinâmicos.

No âmbito municipal, essa função torna-se ainda mais desafiadora em razão das limitações institucionais, financeiras e técnicas que caracterizam grande parte dos entes locais no Brasil. A elevada dependência de transferências intergovernamentais, a rotatividade de equipes técnicas e a escassez de profissionais especializados em planejamento governamental comprometem a capacidade dos municí-

pios de estruturar políticas públicas baseadas em evidências e orientadas por resultados de médio e longo prazo.

A literatura especializada destaca que a fragilidade do planejamento municipal tende a resultar em políticas públicas fragmentadas, descontinuadas e pouco avaliáveis, com impactos diretos sobre a qualidade dos serviços prestados à população (SOUZA, 2006; SECCHI, 2014). Nesse cenário, os instrumentos formais de planejamento, quando utilizados apenas como exigência legal, perdem seu potencial estratégico e reduzem-se a documentos burocráticos, dissociados da realidade social e fiscal dos municípios.

Assim, a análise do planejamento governamental municipal deve considerar não apenas a existência formal dos instrumentos previstos em lei, mas, sobretudo, a sua qualidade estrutural, a coerência interna e a capacidade de orientar a ação governamental ao longo do tempo.

3.2. O PLANO PLURIANUAL COMO INSTRUMENTO CENTRAL DO PLANEJAMENTO PÚBLICO

No ordenamento jurídico brasileiro, o Plano Plurianual ocupa posição central no sistema de planejamento e orçamento público. Instituído constitucionalmente, o PPA tem por finalidade estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e para os programas de duração continuada, conforme dispõe o artigo 165 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

A vigência quadrienal do PPA, iniciando-se no segundo ano de um mandato e encerrando-se no primeiro ano da gestão subsequente, confere ao instrumento um caráter estratégico e estruturante, permitindo a continuidade das políticas públicas para além dos ciclos eleitorais. Essa característica busca mitigar o risco de descontinuidade administrativa e assegurar maior estabilidade na implementação de programas governamentais.

Sob a perspectiva do orçamento-programa, o PPA deve organizar a ação governamental por meio de programas, ações, metas e indicadores, possibilitando a vinculação entre planejamento, orçamento e resultados. A Lei n.º 4.320/1964 e os manuais técnicos elaborados pelo governo federal reforçam essa lógica ao enfatizar que o planejamento não deve se limitar à previsão de receitas e despesas, mas deve incorporar objetivos claros e mensuráveis, capazes de orientar a execução orçamentária e o monitoramento das políticas públicas.

Entretanto, estudos empíricos apontam que, especialmente no âmbito municipal, o PPA frequentemente não cumpre esse papel estratégico. Em muitos casos, observa-se a predominância de uma abordagem contábil e formalista, na qual o plano se restringe à apresentação de estimativas financeiras, sem a devida definição de diretrizes, objetivos estratégicos, indicadores de desempenho e metas físicas (SOU-

SA et al., 2021). Essa distorção compromete a função do PPA como instrumento de gestão e avaliação, limitando sua contribuição para a melhoria das políticas públicas.

3.3. ESTRUTURA MÍNIMA DO PPA E O MODELO DE ORÇAMENTO-PROGRAMA

A estruturação adequada do Plano Plurianual está diretamente relacionada ao modelo de orçamento-programa, adotado no Brasil como referência para a organização das finanças públicas. Esse modelo pressupõe que o orçamento seja orientado por programas governamentais, definidos com base em problemas públicos e objetivos estratégicos, com a identificação clara dos meios necessários para sua implementação.

De acordo com os guias e manuais técnicos de referência, o PPA deve ser composto, no mínimo, por duas dimensões complementares: a dimensão estratégica e a dimensão tática. A dimensão estratégica define a visão de futuro, os eixos temáticos, as diretrizes e os objetivos estratégicos da gestão pública, enquanto a dimensão tática traduz essas orientações em programas, ações, metas e indicadores, permitindo a operacionalização do planejamento.

A presença de indicadores de desempenho constitui elemento fundamental dessa estrutura, uma vez que possibilita o monitoramento sistemático da execução dos programas e a avaliação dos resultados alcançados. A ausência ou a inadequação desses indicadores compromete a mensuração do desempenho governamental e dificulta tanto o controle interno quanto o controle social, reduzindo a transparência e a accountability da gestão pública.

Nesse sentido, a literatura aponta que a fragilidade estrutural dos PPAs municipais está associada à baixa institucionalização da cultura de planejamento orientado a resultados, à confusão conceitual entre programas, ações, metas e indicadores e à ausência de rotinas de acompanhamento e avaliação ao longo do ciclo de planejamento (SECCHI, 2014; SOUSA et al., 2021).

3.4. TRANSPARÊNCIA, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE NO PLANEJAMENTO PÚBLICO

A transparência e a participação social são princípios estruturantes do planejamento público democrático e encontram respaldo expresso na Constituição Federal de 1988, na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Acesso à Informação. No contexto do PPA, esses princípios exigem não apenas a publicação formal dos documentos, mas também a disponibilização de informações claras, acessíveis e compreensíveis à sociedade.

A participação cidadã na elaboração do PPA contribui para a identificação mais precisa das necessidades locais, fortalece a legitimidade das decisões governamentais e amplia a efetividade das políticas públicas. A ausência de mecanismos participativos, por sua vez, tende a resultar em planos desconectados da realidade social, elaborados de forma tecnocrática ou meramente burocrática.

Além disso, a transparência dos instrumentos de planejamento é condição essencial para o exercício do controle social e para a atuação qualificada dos órgãos de controle institucional. A simples disponibilização dos documentos, sem organização adequada, linguagem acessível e informações estruturadas, não garante, por si só, o efetivo acesso à informação e o acompanhamento das políticas públicas pela sociedade.

Dessa forma, a análise da estrutura dos Planos Plurianuais deve considerar, de maneira integrada, os aspectos normativos, técnicos e democráticos do planejamento governamental, avaliando em que medida os instrumentos existentes são capazes de cumprir seu papel estratégico na formulação, execução e monitoramento das políticas públicas municipais.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1. ESTRUTURA DOS PLANOS PLURIANUAIS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO ACRE

A análise dos Planos Plurianuais dos 22 municípios do Estado do Acre, referentes ao quadriênio 2022-2025, evidenciou fragilidades estruturais significativas na maioria dos instrumentos avaliados. Embora todos os municípios tenham publicado a lei que institui o PPA, observou-se que a simples existência formal do instrumento não se traduz, necessariamente, em um planejamento governamental estruturado, estratégico e orientado a resultados.

De modo geral, os PPAs municipais analisados apresentam forte viés contábil e burocrático, concentrando-se na estimativa de receitas e despesas, em detrimento da definição clara de diretrizes estratégicas, objetivos, programas, metas físicas e indicadores de desempenho. Essa característica indica que o planejamento tem sido utilizado, predominantemente, como mecanismo de atendimento às exigências legais mínimas para aprovação legislativa, afastando-se de sua função essencial como instrumento de gestão e orientação das políticas públicas.

A verificação da presença dos componentes estruturantes mínimos — tais como diretrizes, eixos estratégicos, objetivos estratégicos, programas, indicadores e metas físicas — revelou elevada heterogeneidade entre os municípios. Em diversos casos, constatou-se a ausência total ou parcial desses elementos, o que compromete a coerência interna do PPA e inviabiliza o acompanhamento sistemático da execução das ações governamentais.

ESTRUTURA DOS PLANOS PLURIANUAIS									
MUNICÍPIOS	PPA								
	LEI	ANEXOS	MENSAGENS	DIRETRIZES	EIXOS ESTRATÉGICOS	OBJ. ESTRATÉGICOS	INDICADORES	PROGRAMAS	META FÍSICA
RIO BRANCO	X	X	X	X	X	X	X	X	X
CRUZEIRO DO SUL	X	X		X		X		X	X
TARAUACÁ	X	X				X		X	X
SENA MADUREIRA	X	X	X	X	X	X	X		X
FEIJÓ	X	X				X		X	X
BASILÉIA	X								
SENADOR GUIOMARD	X								
MÂNCIO LIMA	X					X		X	X
EPITACIOLÂNDIA	X								
XAPURI	X	X	X			X		X	
M. THAUMATURGO	X	X				X		X	
ACRELÂNDIA	X	X		X		X		X	X
ASSIS BRASIL	X	X		X		X		X	X
BUJARI	X			X					
CAPIXABA	X			X					
JORDÃO	X	X		X		X		X	X
MANOEL URBANO	X	X		X					
PLÁCIDO DE CASTRO	X	X		X		X		X	X
PORTO ACRE	X	X		X		X	X	X	X
PORTO WALTER	X	X		X		X		X	X
RODRIGUES ALVES	X			X					
S. ROSA DO PURUS	X			X					

Tabela 1 – Estrutura dos Planos Plurianuais dos municípios acreanos

A Tabela 1 sintetiza os resultados da análise documental, demonstrando, de forma comparativa, a presença ou ausência dos principais componentes estruturais dos PPAs municipais. Os dados evidenciam que apenas uma parcela reduzida dos municípios apresentou um conjunto mais completo de elementos de planejamento, enquanto a maioria apresentou lacunas relevantes, especialmente no que se refere à definição de objetivos estratégicos e indicadores de desempenho.

Esses achados corroboram a literatura que aponta a fragilidade do planejamento municipal no Brasil, marcada pela predominância de instrumentos formais pouco articulados com a lógica do orçamento-programa e com a gestão orientada a resultados (SOUZA et al., 2021). A ausência de estrutura mínima compromete a capacidade do PPA de cumprir seu papel constitucional de orientar a elaboração da LDO e da LOA, além de dificultar a avaliação da efetividade das políticas públicas implementadas.

4.2. CLASSIFICAÇÃO DOS MUNICÍPIOS POR NÍVEL DE CONFORMIDADE ESTRUTURAL

Com base nos critérios de conformidade adotados na metodologia, os municípios foram classificados em quatro níveis — alto, médio, baixo e muito baixo — conforme a quantidade e a qualidade dos componentes estruturantes identificados em seus respectivos PPAs. Essa classificação permitiu uma leitura mais sistematizada das fragilidades e potencialidades do planejamento municipal no Estado do Acre.

Os resultados indicaram que apenas 13,6% dos municípios apresentaram nível alto de conformidade, caracterizado pela presença de maior número de elementos estruturais essenciais. A maior parcela dos municípios (50%) foi classificada em nível médio, apresentando alguns componentes do planejamento, porém com lacunas relevantes que comprometem a consistência e a operacionalização do PPA. Outros 22,7% enquadraram-se no nível baixo, enquanto 13,6% foram classificados em nível muito baixo, com presença mínima de elementos estruturantes.

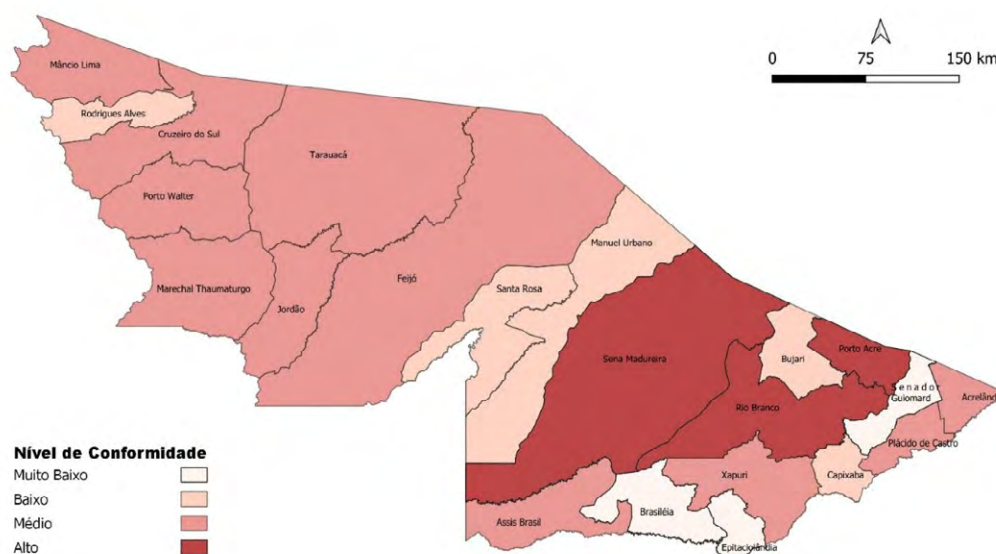


Figura 1 – Mapa do Estado do Acre – Classificação dos municípios por nível de conformidade estrutural do PPA

A Figura 1 ilustra a distribuição espacial dos municípios acreanos segundo o nível de conformidade dos seus PPAs, evidenciando que as fragilidades do planejamento não se concentram em uma região específica, mas se distribuem de forma relativamente homogênea pelo território estadual. Esse padrão sugere que as limitações observadas decorrem menos de fatores geográficos e mais de problemas estruturais relacionados à capacidade institucional e técnica dos entes municipais.

A predominância de municípios nos níveis médio, baixo e muito baixo de conformidade reforça a percepção de que o PPA, no âmbito municipal acreano, ainda não se consolidou como instrumento

efetivo de planejamento estratégico. Em muitos casos, a ausência de indicadores e metas físicas impede a mensuração do desempenho governamental, restringindo o acompanhamento do plano à execução financeira das ações, sem avaliação dos resultados alcançados.

4.3. PRINCIPAIS LIMITAÇÕES ESTRUTURAIS IDENTIFICADAS NOS PPAS MUNICIPAIS

A análise qualitativa dos documentos permitiu identificar um conjunto de limitações recorrentes na elaboração dos PPAs municipais do Estado do Acre. Dentre as principais fragilidades, destacam-se: (i) a ausência ou insuficiência dos anexos que detalham programas, objetivos e metas; (ii) a confusão conceitual entre indicadores, metas, ações e programas; (iii) a quase inexistência de indicadores de desempenho; e (iv) a fragilidade dos mecanismos de participação social.

Observou-se que apenas uma minoria dos municípios incluiu indicadores de desempenho em seus PPAs, o que evidencia a baixa institucionalização da cultura de planejamento orientado a resultados. A ausência desses indicadores compromete a possibilidade de monitoramento e a avaliação das políticas públicas, além de dificultar a atuação dos órgãos de controle e o exercício do controle social.

Adicionalmente, a participação cidadã na fase de elaboração do PPA mostrou-se extremamente limitada. Apenas um município apresentou menção explícita à realização de mecanismos participativos, como audiências públicas ou consultas à sociedade. Essa constatação contraria os princípios constitucionais da participação social e enfraquece o caráter democrático do planejamento governamental, contribuindo para a elaboração de planos desconectados das necessidades reais da população.

Essas limitações estruturais reforçam a compreensão de que o PPA municipal, quando elaborado de forma fragmentada e burocrática, perde sua capacidade de orientar a ação governamental e de promover a integração entre planejamento, orçamento e políticas públicas. O fortalecimento da estrutura dos PPAs, portanto, constitui condição indispensável para a melhoria da governança pública e para a efetividade das políticas implementadas no âmbito local.

5. TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO NOS PLANOS PLURIANUAIS

A transparência constitui um princípio fundamental da administração pública e condição indispensável para o fortalecimento do controle social, da accountability e da legitimidade das políticas públicas. No contexto do planejamento governamental, especialmente no que se refere ao Plano Plurianual, a transparência assume papel estratégico, uma vez que esses instrumentos definem prioridades, metas e alocação de recursos públicos para um período de médio prazo.

Do ponto de vista normativo, a obrigatoriedade de publicação dos Planos Plurianuais e de seus instrumentos correlatos encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Acesso à Informação. Tais dispositivos não se limitam a exigir a publicidade formal dos documentos, mas impõem ao poder público o dever de assegurar acesso amplo, claro e compreensível às informações de interesse coletivo, incluindo aquelas relacionadas ao planejamento e à execução das políticas públicas.

No entanto, a análise dos portais de transparência dos municípios do Estado do Acre revelou que a publicação dos instrumentos de planejamento e orçamento, embora amplamente observada sob o aspecto formal, apresenta fragilidades significativas quando analisada sob a perspectiva da transparência substantiva. Em diversos casos, constatou-se que os municípios publicaram apenas a lei que institui o PPA, sem disponibilizar os anexos que detalham programas, objetivos, metas e indicadores, o que compromete a compreensão integral do planejamento municipal.

TRANSPARÊNCIA DOS INSTRUMENTOS ORÇAMENTÁRIOS										
MUNICÍPIOS	PPA		LDO				LOA			
	2022-2025	ANEXOS PPA	2022	2023	2024	2025	2022	2023	2024	2025
RIO BRANCO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
CRUZEIRO DO SUL	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
TARAUACÁ	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
SENA MADUREIRA	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
FEIJÓ	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
BASILÉIA	X		X	X	X	X	X	X	X	X
SENADOR GUIOMARD	X		X	X	X	X	X	X	X	X
MÂNCIO LIMA	X		X	X	X	X	X	X	X	X
EPITACIOLÂNDIA	X		X	X	X	X	X	X	X	X
XAPURI	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
M. THAUMATURGO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
ACRELÂNDIA	X	X	X	X		X	X	X	X	X
ASSIS BRASIL	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
BUJARI	X		X	X	X	X	X	X	X	X
CAPIXABA	X		X	X	X	X	X	X	X	X
JORDÃO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
MANOEL URBANO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
PLÁCIDO DE CASTRO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
PORTO ACRE	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
PORTO WALTER	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
RODRIGUES ALVES	X		X	X	X	X	X	X	X	X
S. ROSA DO PURUS	X		X		X	X	X		X	X

Tabela 2 – Publicação dos instrumentos orçamentários (PPA, LDO e LOA) nos municípios do Estado do Acre

A Tabela 2 sintetiza o levantamento realizado nos 22 municípios acreanos, evidenciando que, embora a maioria tenha publicado os instrumentos orçamentários exigidos em lei, persistem lacunas relevantes, especialmente no que se refere à disponibilização dos anexos do PPA. Municípios que publicaram exclusivamente a lei, sem os documentos complementares, limitam significativamente o acesso à informação, dificultando tanto a atuação dos órgãos de controle quanto o exercício do controle social pela sociedade.

Observou-se, ainda, que a publicação isolada da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, dissociada de um PPA estruturado e acessível, enfraquece a lógica do sistema de planejamento integrado previsto no artigo 165 da Constituição Federal. Sem a adequada publicização do PPA e de seus componentes essenciais, torna-se inviável verificar a coerência entre planejamento, execução orçamentária e resultados alcançados pelas políticas públicas.

Outro aspecto relevante diz respeito à forma de disponibilização das informações. Em muitos casos, os documentos são publicados em formatos pouco acessíveis, sem organização temática, com linguagem excessivamente técnica ou com ausência de instrumentos de visualização que facilitem a compreensão do conteúdo pela população. Essa prática reduz a efetividade da transparência e reforça a percepção de que a publicidade dos instrumentos atende mais a exigências formais do que ao objetivo de promover o engajamento social.

Dessa forma, os resultados indicam que, embora haja avanço no cumprimento das exigências legais de publicação dos instrumentos orçamentários nos municípios do Acre, persiste um desafio qualitativo relacionado à transparência ativa e ao acesso efetivo à informação. O fortalecimento da transparência no planejamento público exige não apenas a disponibilização dos documentos, mas também a adoção de práticas que assegurem clareza, completude, organização e linguagem cidadã, permitindo que o PPA cumpra seu papel como instrumento democrático de orientação das políticas públicas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar a estrutura dos Planos Plurianuais dos 22 municípios do Estado do Acre, referentes ao quadriênio 2022-2025, por meio de uma abordagem empírica baseada na análise documental dos instrumentos de planejamento disponibilizados nos portais de transparência municipais. A investigação concentrou-se na verificação da presença de componentes estruturantes mínimos do PPA, bem como na análise de aspectos relacionados à transparência, à participação social e à capacidade de monitoramento das políticas públicas.

Os resultados evidenciaram que, embora todos os municípios tenham cumprido formalmente a exigência legal de instituição do PPA, a maioria dos instrumentos analisados apresenta fragilidades es-

truturais relevantes. Predomina uma concepção de planejamento voltada ao atendimento de requisitos legais e fiscais mínimos, com forte viés contábil, em detrimento de uma abordagem estratégica orientada a resultados. A ausência ou insuficiência de objetivos estratégicos, metas físicas e, sobretudo, de indicadores de desempenho compromete a função do PPA como instrumento central de planejamento governamental.

A classificação dos municípios por níveis de conformidade estrutural revelou que apenas uma parcela reduzida apresentou PPAs com maior grau de completude e coerência interna. A concentração da maioria dos municípios nos níveis médio, baixo e muito baixo de conformidade indica a existência de limitações institucionais e técnicas persistentes no planejamento municipal acreano, refletindo desafios que não se restringem a contextos locais específicos, mas que dialogam com problemas estruturais do planejamento público no âmbito municipal brasileiro.

No que se refere à transparência e ao acesso à informação, constatou-se que, apesar do cumprimento formal das exigências legais de publicação dos instrumentos orçamentários, subsistem fragilidades significativas quanto à qualidade e à completude das informações disponibilizadas. A publicação isolada da lei do PPA, sem os respectivos anexos, limita o acesso efetivo ao conteúdo do planejamento e dificulta o acompanhamento da coerência entre PPA, LDO e LOA, enfraquecendo o controle social e a accountability da gestão pública.

Os achados deste estudo reforçam a compreensão de que a efetividade do planejamento governamental não se esgota na existência formal dos instrumentos previstos em lei. A consolidação do PPA como instrumento estratégico exige uma estrutura mínima adequada, clareza conceitual, incorporação de indicadores de desempenho, mecanismos de monitoramento contínuo e efetiva participação social em sua elaboração e acompanhamento. Sem esses elementos, o planejamento tende a perder sua capacidade de orientar a ação governamental e de promover políticas públicas mais eficientes e eficazes.

Do ponto de vista institucional, os resultados apontam para a relevância do papel dos órgãos de controle e fiscalização na indução de boas práticas de planejamento público. A atuação orientadora, preventiva e propositiva, voltada ao fortalecimento das capacidades técnicas dos municípios e à qualificação dos instrumentos de planejamento, mostra-se fundamental para superar as fragilidades identificadas e promover uma cultura de planejamento baseada em evidências e orientada a resultados.

Por fim, destaca-se que o aprimoramento dos Planos Plurianuais municipais constitui condição indispensável para o fortalecimento da governança pública local e para a melhoria da qualidade das políticas públicas. O avanço nesse campo requer investimentos contínuos em capacitação técnica, na padronização mínima das estruturas, na transparência ativa e na ampliação dos espaços de participação cidadã, de modo que o planejamento público deixe de ser um exercício meramente formal e passe a cumprir, de forma efetiva, sua função estratégica no desenvolvimento local e na promoção do bem-estar social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 maio 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Lei n.º 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Organiza e moderniza a administração financeira da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 7 fev. 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10180.htm>. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria Nacional de Planejamento. **Guia de elaboração do Plano Plurianual para Municípios**: 2025. Brasília: MPO, fev. 2025. Disponível em: <<https://www.gov.br/planejamento/pt-br/assuntos/planejamento/plano-plurianual>>. Acesso em: 4 abr. 2025.

BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. **Manual técnico do Plano Plurianual 2024-2027**. Brasília: MPO, abr. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/planejamento/pt-br/assuntos/planejamento/ppa-2024-2027>>. Acesso em: 9 abr. 2025.

BRASIL. Tesouro Nacional. Estados e Municípios. **Tesouro Transparente**. Disponível em: <<https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estados-e-municipios>>. Acesso em: 15 abr. 2025.

MUNICÍPIOS ACREANOS. Leis Orgânicas Municipais. Disponíveis nos respectivos portais institucionais das prefeituras dos 22 municípios do Estado do Acre. Acesso em: 15 abr. 2025.

MUNICÍPIOS ACREANOS. Portais da Transparência dos 22 municípios do Estado do Acre. Consultas realizadas individualmente nos sites oficiais das prefeituras municipais. Acesso em: 8 abr. 2025.

SOUSA, Marco Aurélio Batista de; RIBEIRO, Silvio Paula; SCHUH, Clari; ARRUDA NETO, João Martins de; FERNANDES, Vinicius de Souza; SHIRASHI, Fabiola Tamie. Análise da estrutura do Plano Plurianual dos municípios do Estado de Mato Grosso do Sul. **Revista Gestão em Foco**, Três Corações, v. 13, p. 83–95, 2021. Disponível em: <<http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/5089>>. Acesso em: 14 abr. 2025.

SOBRE A AUTORA

Erika Costa da Silva é pós-graduanda em Gestão Fiscal Pública, Políticas Públicas Baseadas em Evidências e Parcerias Público-Privadas pela FIA Business School. Possui MBA em Contabilidade, Auditoria e Controladoria pela Universidade da Amazônia e MBA em Governança Pública e Gestão Administrativa pela FAEL. É bacharela em Ciências Contábeis.

Integra o Ministério Público do Estado do Acre, onde coordena o Observatório de Políticas Públicas, atuando no monitoramento dos instrumentos de planejamento governamental, análise fiscal, produção de estudos técnicos e desenvolvimento de ferramentas de transparência e controle social. Foi premiada em primeiro lugar nacional no Concurso de Boas Práticas do 2º Congresso de Defesa da Integridade do Conselho Nacional do Ministério Público (2025), pela iniciativa Emendas em Foco.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Acesse nosso portal
www.cnmp.mp.br



Siga o **CNMP** nas redes sociais:

 [conselhodomp](https://www.youtube.com/c/conselhodomp)

 [cnmpoficial](https://www.instagram.com/cnmpoficial)

 [@cnmp_oficial](https://twitter.com/cnmp_oficial)