



Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*

Corruption: causes, perspectives and the discussion about the bis in idem principle

CRISTINA FORTINI*

Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

crisfortini@uol.com.br

ARIANE SHERMAM**

Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

arianesmv@gmail.com

Recebido/Received: 29.01.2018 / January 29th, 2018

Aprovado/Approved: 23.04.2018 / April 23rd, 2018

Resumo

O presente trabalho aborda as dificuldades conceituais que cercam o tema da corrupção, bem como as causas do fenômeno, com o fim de compreender o cenário em que se inserem as leis anticorrupção, em seu conjunto, e de torná-las mais efetivas. Parte-se do estudo dos pontos de aproximação entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, ambos diplomas legais inseridos no contexto maior de controle da corrupção no país, bem como das possíveis incongruências entre as respectivas disciplinas. Enquanto a Lei de Improbidade visa coibir agentes públicos que praticam condutas definidas como ímprobas, a Lei Anticorrupção se volta

Abstract

The present paper addresses the conceptual difficulties surrounding the topic of corruption, as well as the causes of the phenomenon, aiming to understand the context in which the anticorruption laws, as a whole, are inserted and to make them more effective. It begins with critical analysis of the points of approximation between the Law of Administrative Improbability and the Anti-Corruption Law, both legal diplomas inserted in the greater context of corruption control in the country, as well as the possible inconsistencies between the said disciplines. While the Law of Improbability aims to curb public agents who practice conducts defined as misconduct, the Anti-Corruption Law turns to the

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 91-112, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57614.

* Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Visiting Scholar na George Washington University com apoio da Capes, onde realizou pesquisa sobre Corrupção nas licitações e contratações públicas (Washington, Estados Unidos da América). Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Ex-Controladora Geral e Ex-Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. Advogada. E-mail: crisfortini@uol.com.br.

** Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Assessora contratada de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). E-mail: arianesmv@gmail.com.

à responsabilização objetiva, administrativa e cível, das pessoas jurídicas que praticam as condutas nela proibidas. Em ambas as leis, entretanto, se admite a coautoria ou participação de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, na realização das infrações tipificadas. Entende-se, portanto, que o cauteloso exame dos regimes de ambas as leis no que tange aos sujeitos ativos, condutas vedadas e sanções cominadas é necessário para afastar a possibilidade de dupla responsabilização. Quer-se evitar, assim, o *bis in idem* na aplicação das leis em comento. A pesquisa teórica, de cunho jurídico-dogmático, utilizou-se principalmente de dados diretos, primários e secundários, visando contribuir para a interpretação e aplicação mais adequada à finalidade de interesse coletivo que é o controle da corrupção.

Palavras-chave: controle da corrupção; Lei de Improbidade; Lei Anticorrupção; sujeitos ativos; sanções.

*administrative and civil objective responsibility of the legal entities that practice the conducts it prohibits. In both laws, however, co-authoring or participation of third parties, individuals or corporations, is allowed in the execution of the typified infractions. It is understood, therefore, that the cautious examination of the regimes of both laws with respect to the active subjects, prohibited conducts and penalties is needed to avoid the possibility of double responsibility. The goal is to avoid the *bis in idem* in the application of the laws in question. The theoretical research, of legal-dogmatic nature, resorted mainly of direct, primary and secondary data, aiming to contribute to the most appropriate interpretation and application of the collective interest purpose that is the control of the corruption.*

Keywords: control of corruption; Law of Improbability; Anti-corruption Law; active subjects; sanctions.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Leis de controle da corrupção e a necessidade de sua aplicação sistemática; **3.** Uma análise dos sujeitos ativos das Leis de Improbidade e da Lei Anticorrupção; **4.** Breves considerações sobre o princípio do *Ne Bis in idem*; **5.** Em busca de uma solução; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção atrai cada vez mais a atenção de estudiosos das mais diversas ciências preocupados em indicar suas origens, encontrar ferramentas capazes de identificar sua ocorrência, punir os envolvidos e, com alguma dose de utopia, debelá-la.

Não se trata de ambição jurídica apenas, inclusive porque a contribuição que o Direito é capaz de fornecer é limitada. Leis são impotentes para redesenhar a índole ou apagar tradições. O mero recrudescimento estatal, com a intensificação de sanções, não bastará.

Ainda que possa tornar menos atraente a prática corrupta, introduzindo o elemento custo, como, por exemplo, estabelece indiretamente a Lei n. 12.846/13, Lei Anticorrupção, ao fixar pena de multa às entidades infratoras, e ainda que instrumentos como o da colaboração premiada possam auxiliar as investigações e desestabilizar associações criminosas, a corrupção persistirá enquanto voltarmos às costas ao perfil de sociedade onde ela se solidifica.

Não por outra razão os estudos de historiadores, cientistas políticos e sociólogos - além de juristas - adicionam explicações e avaliações que devem ser consideradas quando do tratamento do tema.

Citamos como exemplo o trabalho de Luís Roberto Barroso, que recupera traços do processo da colonização brasileira em que se realçam o patrimonialismo, o oficialismo e a desigualdade, tudo a contribuir para a edificação do “jeitinho brasileiro”, a antagonizar com a observância da ordem jurídica.¹

Fernando Filgueiras e Leonardo Avritzer, por sua vez, destacam o caráter eminentemente político da corrupção, que supera em muito suas implicações econômicas, haja vista sua capacidade de influenciar a legitimidade dos governos, sua capacidade de governar e até mesmo a percepção da população sobre o país.²

Em face desse cenário, é preciso reconhecer que a corrupção, por sua intrínseca complexidade e caráter multifacetado, não pode ser analisada apenas por um ou outro viés. A perspectiva econômica, por exemplo, em voga na atualidade, ao destacar os altíssimos custos financeiros da corrupção e enfocar as condutas individuais de agentes na busca pela rentabilidade a qualquer custo, deve ser aliada a outras visões do fenômeno. Só assim será possível combatê-lo com o máximo de efetividade.

Podemos dizer, ainda no que toca ao enfoque econômico, que realça comportamentos individuais, que há uma verdadeira personalização da corrupção. Essa se manifesta na associação do fenômeno à atuação de específicos governantes e, de modo geral, a determinados agentes públicos, o que tem sido usual na realidade brasileira.³

Tal associação contribuiria para o tratamento preferencial da corrupção no âmbito da responsabilização penal, como se corrupção se resumisse quase que inteiramente aos crimes contra a Administração Pública. Esse destaque é feito, em tom crítico, por Lucas Rocha Furtado.⁴ De fato, a redução do fenômeno da corrupção a uma ou poucas manifestações repercute nas ferramentas e instrumentos selecionados para combatê-la: uma abordagem enviesada acaba por refletir nos meios e modos de tratamento do problema; quanto mais pontuais eles forem, pior para a coletividade.

Nesse sentido, discutir o que a sociedade brasileira e o Estado consideram como corrupção é relevante.

No Brasil, a ordem jurídica associa a corrupção ao Estado, compreendendo-se que sua existência envolve o agente público.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?* Palestra proferida na Brazil Conference. Harvard University, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 08 de set. 2017.

² AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia: república**. Brasília: IPEA, 2010. p. 499.

³ CARVALHO, José Murilo de. **Passado, presente e futuro da corrupção brasileira**. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Orgs.). *Corrupção: Ensaio e Crítica*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 27.

Mesmo nos casos em que se repudia legalmente determinado comportamento que não envolve diretamente o Estado, detecta-se, indiretamente, a sua presença.

Vejamos, por exemplo, os casos descritos no art. 5º da Lei n. 12.846/13, alíneas “c” e “e”. Ali são relatados comportamentos privados que, a despeito de não demandarem a participação de agente público, afetam a esfera estatal, vítima do mal feito particular. Logo, 1) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo ou 2) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo são ações empreendidas por particulares. Não há agente público necessariamente envolvido e ainda assim a lei considera o ato corrupto. Mas ainda assim são ações que afetam a seara estatal.

Nosso ordenamento jurídico, ainda que se considere a maior abrangência do conceito de corrupção para fins da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas atingidas pela Lei n. 12.846/13, em muito superior ao conceito de corrupção ativa de que cuida o art. 333 do Código Penal,⁵ não rechaça várias posturas antiéticas.

Trata-se de uma opção cujas consequências nos parecem graves.

Isso porque a maior tolerância estatal perpetua um ambiente em que a falta de ética não ocasiona sanção. E a “reserva de espaço” no qual se aceitam certos comportamentos dificulta imensamente o combate à corrupção no ambiente em que ela é legalmente refutada. Queremos com isso reiterar que a luta contra a corrupção há de ser combatida em frentes diversas e não apenas quando se alguma forma a esfera estatal se faz atingida.⁶

Em verdade, mais do que a ausência de rótulos negativos, condutas eticamente reprováveis levadas a efeito por particulares, sem qualquer contato com o mundo estatal, são por vezes silenciosamente aplaudidas. Oferecer presentes valiosos a professores de escolas privadas infantis e presentear líderes de setores de compras de grandes empresas são exemplos de situações cotidianas que espelham as nossas contradições. A despeito de questionáveis, as condutas mencionadas, no máximo, podem atingir regras internas da escola ou da empresa, mas não necessariamente traduzem ilícito nos termos da ordem jurídica brasileira.

Assim, apesar da efervescência legislativa e normativa brasileira sobre o tema da corrupção, sua abordagem ainda se restringe ao espaço estatal, de forma direta ou indireta.

⁵ Corrupção ativa: Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

⁶ Há autores que sugerem tratar os diferentes mecanismos de combate à corrupção sob o rótulo de “Direito Corruptivo”. BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

O cenário narrado – qual seja: o do caráter multifacetado e complexo da corrupção e, ao mesmo tempo, o da associação do fenômeno à esfera estatal – contribui para que alguns estudiosos se recusem a formular um conceito para a corrupção e passem a identificar sua ocorrência com base na presença de alguns marcadores.

É o que faz Lucas Rocha Furtado, ao delinear como características dos atos de corrupção: 1) o abuso de posição, em outros termos, a transgressão de regras funcionais; 2) a violação de dever previsto em sistema normativo; 3) a expectativa de obtenção de benefício “extraposicional”, ou seja, a probabilidade de recebimento de vantagem indevida, que pode ter natureza pecuniária ou não; 4) o sigilo, pois a corrupção ocorre na penumbra, longe dos “holofotes” da transparência.⁷

O exame desses marcadores reforça a já citada e comum associação da corrupção ao Estado e a seus agentes e deixa de fora condutas ilícitas que não ocorrem na esfera pública, ainda que possam ser categorizadas como corruptas, em sentido mais amplo.

Daí que outras propostas de conceito e delineamento de características são feitas. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras afirmam que “O critério para definir se uma ação é corrupta ou não é [...] o da sua ilegitimidade frente aos valores e às normas expressos em determinada concepção de interesse público”.⁸ A vantagem do critério exposto, notadamente mais amplo, é a de permitir a comparação de condutas face a determinada ordem normativa, de modo a evitar a frequente generalização e tratamento inadequadamente uniforme que a associação da corrupção ao Estado e aos agentes públicos propicia.

Para além do problema conceitual, é necessário tratar, também, das causas da corrupção, principalmente em uma conjuntura como a brasileira, que aparenta ser irremediavelmente permissiva a esse tipo de conduta.

Há na realidade política, econômica e social brasileira uma questão primordial que alimenta a corrupção. Trata-se da patente desigualdade. É esse o fator que potencializa a corrupção e, ao mesmo tempo, cria um aparente paradoxo, em que os cidadãos reconhecem sempre aos outros, em especial, à classe política, como corruptos, mas quase nunca a si mesmos como transgressores.⁹

Célia Regina Jardim Pinto entende, nesse contexto, que a modernidade brasileira, na qual a corrupção cumpre um papel estruturante, abarca dois princípios

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 41-42.

⁸ AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia**: república. Brasília: IPEA, 2010. p. 504.

⁹ FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corruptao-prospera-e-funciona.shtml>>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

“perversos”: 1) ninguém se sente constrangido a cumprir as leis; 2) todos se sentem desiguais.¹⁰

Na sociedade brasileira, profundamente marcada por desigualdades históricas, a hierarquia permeia todos os níveis sociais e se revela não só nas relações entre Estado e particulares, como também nas relações dos particulares entre si. Essa seria a situação ideal para o enraizamento da corrupção, por propiciar um ambiente de não adesão às normas, em que todos parecem ter razões superiores para não as cumprir e não se sentem iguais uns aos outros.¹¹

Nesse cenário, Célia Regina Jardim Pinto faz um alerta que parece muito salutar diante da efusão legislativa que acomete o país e que, dada a sua importância, merece ser transcrito: “[...] não quer dizer que a corrupção faz parte da natureza da modernidade brasileira ou que ela é essencial na democracia no país, mas sim que é um elemento muito bem articulado, que necessita mais do que indignação sincera ou mediática para ser superada”.¹²

Não se pode, portanto, ceder à aparente facilidade das explicações culturais e históricas que naturalizam a corrupção, relegando a uma hipotética, profunda e longínqua modificação social o papel de indutora da transformação do quadro de corrupção sistêmica. Ao mesmo tempo, não se pode concordar que alterações legislativas sejam capazes de, por si só, promover as mudanças necessárias à qualificação da burocracia e à diminuição da corrupção, mormente em sua faceta pública.

Temos que reconhecer, de outro turno, que as modificações legislativas, acompanhadas da inserção de novas práticas e instrumentos de controle da Administração brasileira, em especial a partir da primeira década do século XXI, alinham-se a uma maior intolerância da população com a corrupção. Visualizamos, portanto, uma evolução social, que, porém, não pode se esgotar na mera indignação. O acompanhamento da cobertura midiática dos casos de corrupção, em especial daqueles de grande vulto, revela a atenção com que a sociedade se volta ao tema e ao mesmo tempo realimenta a intolerância com os desvios.

Também não se pode desconsiderar que, a despeito da necessária luta contra a corrupção, a demandar um esforço contínuo e uma incessante discussão sobre as

¹⁰ PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011. p. 32.

¹¹ As discussões levantadas por Célia Regina Jardim Pinto acerca da desigualdade histórica brasileira e sua influência sobre a corrupção remetem às considerações de Daron Acemoglu e James Robinson sobre a riqueza de algumas nações e a pobreza de outras, onde o fator diferencial seriam as instituições: nos países pobres, ao contrário dos mais ricos, se destacam as instituições excludentes, que, instrumentalizadas por um elite política, reproduzem círculos viciosos, com vistas à perpetuação do poder e em detrimento da população. A propósito, ver ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹² PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011. p. 36.

opções políticas a esse respeito, a provocar pesquisas sobre suas origens e seus contornos, há uma guerra a ser travada dentro da ordem jurídica.

Condutas estatais divorciadas da ordem jurídica, ainda que ambicionadas a travar ou punir atos corruptos, são também nocivas.

Vale dizer, igualmente maléfica atuação estatal que, entusiasmada pelo apelo social, desloque-se da ordem jurídica.

Em matéria de aplicação de sanções há que se considerar que sua legalidade se atrela não apenas à presença de respaldo em dado texto legal, mas a uma harmonia superior em que inexistam violações a princípios.

Daí ser necessário abordar o princípio do *bis in idem* e sua aplicação no tema da corrupção diante do que dispõem várias leis, todas irmanadas, em alguma medida, no combate à corrupção.

Em face de todo esse contexto e no que toca ao objeto deste artigo, que é o de tratar da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, em comparação com a Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/13, observamos que ambos os diplomas normativos estabelecem sanções aplicáveis diante da revelação de comportamentos considerados nocivos. As duas leis são respostas legislativas a períodos de aumento da intolerância social com a corrupção, sobretudo a Lei Anticorrupção, e, em tese, reforçam uma à outra. Trata-se de diplomas normativos que subsidiam e, ao mesmo tempo, são alimentados pelo ideário de que a corrupção se restringe à esfera estatal (ou, pelo menos, predomina nesse âmbito).

Feitas essas considerações iniciais, passamos ao exame específico das leis em comento, de modo a verificar seus pontos de aproximação e de possíveis incongruências, visando à efetiva concretização de seus comandos, bem como a evitar que sua aplicação resulte, na situação concreta, em *bis in idem*.

2. LEIS DE CONTROLE DA CORRUPÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA APLICAÇÃO SISTEMÁTICA

Reafirmamos que o tema da corrupção adentrou irremediavelmente a agenda pública, em especial após a adesão do Estado brasileiro ao movimento internacional de controle da corrupção, que vem produzindo como resultado, principalmente a partir dos anos 2000, diversos diplomas legais cuja finalidade é prevenir ou combater o fenômeno, de modo mais ou menos direto.¹³

¹³ Em outros ordenamentos jurídicos e no cenário global, ver: BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y Derecho Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014; BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017; BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013;

Portanto, em atenção aos compromissos firmados com organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil tem editado leis que buscam combater, tanto na esfera administrativa como na penal, a corrupção – que, como já ressaltamos, pode ser entendida, entre outras acepções, como o uso de posições públicas para a obtenção de vantagens privadas.¹⁴

No campo do direito administrativo, citamos diplomas relativamente recentes como a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.257/11) e a Lei de Conflito de Interesses (Lei 12.813/13), que, ao promoverem a transparência e a moralidade administrativa, visam coibir desvios potencialmente caracterizadores de atos de corrupção, antes mesmo de sua materialização.¹⁵

Talvez o caso mais emblemático de legislação editada com a finalidade de controle da corrupção seja a Lei 12.846/13, também chamada de Lei de Responsabilização Objetiva de Pessoas Jurídicas ou simplesmente Lei Anticorrupção. Nessa Lei, o foco se volta para as pessoas jurídicas corruptoras, entidades que pratiquem as condutas definidas em lei como infrações. A suposta novidade reside na natureza objetiva da

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./ mar. 2016.

¹⁴ Sobre o papel das convenções editadas por organismos internacionais como ONU e OCDE na concepção de diplomas legais brasileiros, como a Lei Anticorrupção e a Lei das Empresas Estatais (Lei n. 13.303/2016), que ressaltam o papel da governança no combate à corrupção, recomendamos a leitura de artigo de nossa lavra: FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

¹⁵ É expressiva a interligação entre as ideias de transparência, de acesso à informação e de combate à corrupção. A temática tem sido bastante discutida no Direito brasileiro: MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014; FERREIRA, Alexsandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013; VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016; PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014. O tema também é objeto de atenção em outros sistemas jurídicos: SCHIAVI, Pablo. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 137-168, maio/ago. 2015; SCHIAVI, Pablo. Información pública en clave de neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 13-45, jul./set. 2014; PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Principios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016; BELLOCHIO, Lucía. Access to public information in Argentina with particular reference to personal and institutional data protection. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 39-51, jul./set. 2016; BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 14, n. 58, p. 61-106, out./dez., 2014.

responsabilidade das infratoras nas esferas administrativa e cível, a qual prescinde da demonstração de culpa.

Diz-se “suposta novidade”, pois a Lei que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, Lei n. 12.529/11, já previa, antes da entrada em vigor do diploma anticorrupção, a responsabilidade objetiva administrativa. Ou seja: apesar de ser tratada como uma inovação no campo do direito administrativo, a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas delineada na Lei 12.846/13 sucede legislação que já disciplinava o tema na Administração Pública.

Lado outro, deve ser recordada a existência de hipóteses de sancionamento do comportamento de entidades antes da Lei anticorrupção. A Lei n. 8.666/93 (Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos) e a Lei 10.520/02 (Lei do Pregão), por exemplo, preveem a repulsa administrativa a atuações eticamente reprováveis, aplicando-se reprimendas relevantes como a declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de contratar com a Administração. Quer-se com isso dizer que alguns dos comportamentos repudiados pela Lei 12.846/13 já poderiam, antes de sua edição, justificar a punição da entidade na esfera administrativa. Basta pensar que a entidade poderia ser declarada inidônea, por exemplo, somando-se a essa sanção outra de natureza pecuniária - multa - com fulcro no art. 87, II e IV, da Lei 8.666/93, diante de situações que se identificam com algumas das narradas no art. 5º da lei 12.846/13.

Assim, como a própria Lei Anticorrupção prevê, uma mesma conduta poderia provocar repulsa sob a disciplina das mencionadas leis de contratações públicas,¹⁶ e, claro, diante da Lei 12.846/13.¹⁷ São vários os âmbitos de responsabilização, portanto.

¹⁶ Vale observar que as contratações públicas representam um importante âmbito de manifestações de corrupção. Sobre o tema, conferir: FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016; FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016; AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017; JURUENA, Cynthia Gruenling; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparência: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

¹⁷ Sobre a referida lei, ver: GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015; GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho**

Costuma-se ignorar, portanto, que o controle da corrupção já figurava como tônica reinante em leis editadas antes mesmo da recente mobilização em torno da integridade da (e na) Administração Pública.

É o caso da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, que visa coibir, entre outras condutas desviantes, o enriquecimento ilícito de agentes públicos, uma vez realizadas as condutas descritas em seu bojo.

Nesse ponto é necessário destacar que a profusão legislativa pode comprometer a sistematicidade e a coerência que se entendem características da ordem jurídica. Obviamente, tal problemática repercute não só sobre o tema do combate à corrupção, como também sobre os mais diversos campos e modos de atuação do Estado, podendo reduzir sua eficácia e efetividade.

A esse respeito, retomamos as palavras de Jacques Chevallier, que credita ao advento do chamado “Estado Providência” o surgimento de um novo direito: o “direito intervencionista”, concebido como instrumento de ação do Estado e meio de realização de políticas públicas.¹⁸ Nessa nova configuração, o direito não mais se limitaria a codificar comportamentos, mas a alcançar determinados objetivos e a produzir determinados efeitos econômicos e sociais, finalidades típicas de um Estado regulador e interventor.

Como consequência dessa nova postura estatal, a atividade normativa foi, de certa forma, comprometida, na medida em que

*Assim instrumentalizado, o direito perde os atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade, que o posicionavam totalmente na ordem da ‘racionalidade’. [...] enquanto os textos proliferam de maneira anárquica, cobrindo domínios cada vez mais distendidos da vida social, as normas se tornam parceladas e instáveis.*¹⁹

A profusão de diplomas anticorrupção no Brasil se insere no contexto narrado. Embora nem todas as leis editadas possuam como objetivo específico e declarado o combate à corrupção na esfera pública brasileira, seus dispositivos, que se espriam pelos mais diversos ramos jurídicos, como direito penal, direito econômico e da concorrência e direito administrativo, acabam por demandar um árduo trabalho de interpretação e sistematização por parte dos aplicadores.²⁰

Administrativo, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Ditttrich Ferreira. Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña nº 12.846/2013. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

¹⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 82.

¹⁹ Idem.

²⁰ A título de ilustração do que Jacques Chevallier denomina “inflação normativa”, que compromete, entre outros aspectos, a eficácia e a efetividade do direito, pesquisa realizada no Brasil revela que, desde a edição da Constituição da República de 1988, foram editadas mais de 5, 4 milhões de normas, o que corresponde a 769 normas por dia útil, provenientes de todas as esferas político-administrativas. Ver, a respeito: CONJUR. **Brasil**

Portanto, o estudo comparado da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa lança luzes sobre aspectos importantes, que, talvez paradoxalmente, também sejam as razões para possíveis incongruências na interpretação e aplicação das disposições desses diplomas, haja vista a ausência de sistematicidade no tratamento legislativo do combate à corrupção.

Entre os diversos aspectos que poderiam ser abordados quando do estudo comparativo dessas leis, um em especial se sobressai: em tese, poderia uma pessoa jurídica ser enquadrada e devidamente penalizada por infringir, ao mesmo tempo, as disposições da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa?

Apesar de parecer retórica, tendo em vista o disposto no art. 30, inciso I, da Lei Anticorrupção,²¹ a pergunta formulada remonta a disposições de ambas as Leis – Lei 12.846/13, arts. 1º e 3º e Lei n. 8.429/92, arts. 2º e 3º, entre outros – que abrem margem para possíveis conflitos na aplicação de seus ditames.

Nesse sentido, realizamos pesquisa teórica, na vertente jurídico-dogmática, com acesso a dados direitos, primários e secundários, com o fim de buscar formular uma resposta para o questionamento acima levantado. Como hipótese, afirmamos que não há, a princípio, a possibilidade de dupla responsabilização, considerando as respectivas finalidades e sujeitos ativos preferenciais das Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa.

3. UMA ANÁLISE DOS SUJEITOS ATIVOS DAS LEIS DE IMPROBIDADE E DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Em atenção ao princípio da moralidade administrativa, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988 como um dos princípios regentes da Administração Pública brasileira, a Lei n. 8.429/92 visa resguardar uma forma qualificada de moralidade, qual seja, a probidade.²² A promulgação da Lei de Improbidade decorre do disposto no art. 37, §4º, da Constituição, onde se lê: “Art. 37 [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 24 de set. 2017.

²¹ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; [...].

²² LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

A Lei n. 8.429/92 foi editada em período de turbulência política no Brasil. Seus primeiros meses de vigência coincidiram com o transcorrer dos fatos que resultaram na instauração do processo de *impeachment* e posterior renúncia do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, justamente por fatos categorizados como corruptos. O contexto de instabilidade política e social pode ser comparado ao da edição da Lei Anticorrupção, esta fortemente marcada pelos protestos populares de junho de 2013, que, embora tenham coberto uma variedade de temas e demandas, foram associados às reivindicações de transparência e moralidade na Administração Pública.

Assim, para cumprir sua finalidade, a Lei de Improbidade rechaça uma série de condutas agrupadas em três categorias, correspondentes aos seus arts. 9º, 10, 10-A e 11: atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam dano ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Segundo o art. 1º da Lei de Improbidade são sujeitos ativos das infrações descritas em seu bojo os agentes públicos, servidores ou não,²³ que atentem contra a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como contra entes que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público ou para cuja criação e custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Para os fins deste trabalho, previsão importante é a do art. 3º da Lei 8.429/92, que estende as disposições da Lei de Improbidade àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra à prática do ato de improbidade ou dele se beneficie de forma direta ou indireta.

É reconhecido pela doutrina que o terceiro de que trata o citado art. 3º pode ser uma pessoa jurídica. Em outras palavras, em sede da Lei de Improbidade, o terceiro infrator não atua sozinho, mas sempre “acompanhado” por um agente público, haja vista o núcleo conceitual dos verbos “induzir”, “concorrer” e “beneficiar-se”.

A Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), por sua vez, estabelece a responsabilidade objetiva administrativa e cível de pessoas jurídicas²⁴ que pratiquem as condutas previstas nos incisos do seu art. 5º, contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

A leitura conjunta das condutas tipificadas como infrações na Lei Anticorrupção e na Lei de Improbidade desperta dúvidas sobre a possibilidade de se somarem as sanções, haja vista a real possibilidade de uma mesma conduta ser rechaçada em ambas as leis.

²³ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

²⁴ O alcance subjetivo da Lei é foco de discórdia. Há os que vislumbram maiores teias diante do *caput* do art. 1º e há os que compreendem que a lista de entidades destinatárias da lei é taxativa, decorrente do parágrafo único do mesmo artigo.

Nos termos do art. 5º da Lei Anticorrupção, são atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas de que trata a legislação, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, desde que se encaixem nos incisos do mesmo dispositivo.²⁵

Desde já o núcleo conceitual do *caput* do art. 5º revela uma aproximação com as infrações tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, já que os arts. 9º, 10, 10-A e 11 desta Lei tipificam atos que importam enriquecimento ilícito (auferir vantagem patrimonial indevida em razão de exercício de cargo, emprego, mandato ou função), causam lesão ao erário (perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres) ou atentam contra princípios da administração pública, violando deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade para com a Administração Pública.

Mas a leitura dos “tipos” torna a aproximação ainda mais cristalina.

Vejamos, por exemplo, a conduta tipificada no inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual constitui ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário: “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”. Como já se viu, o sujeito ativo de tal conduta é necessariamente um agente público, que, por outro lado, pode ter sido induzido por um terceiro ou atuado em conjunto com ele, pessoa jurídica inclusive. Esta pessoa também responderá às sanções legais.

A conduta transcrita no parágrafo anterior remete à aquela prevista na alínea d do inciso IV do art. 5º da Lei Anticorrupção, qual seja, “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”.²⁶ Nessa lei, o sujeito ativo será a pessoa jurídica, o que não impede, por outro lado, que as pessoas físicas envolvidas na infração também sejam penalizadas.²⁷ Esse não é o foco da lei, contudo.

Suponhamos que uma pessoa jurídica atue em conluio com um agente público visando manipular o resultado de um processo licitatório. Qual regime legal incidirá, o da Lei de Improbidade Administrativa ou o da Lei Anticorrupção, haja vista que a conduta realizada é tipificada em ambas as leis?

²⁵ A lista há de ser entendida como taxativa sob pena de propiciar-se enorme insegurança jurídica. Além disso a própria redação do dispositivo conduz à essa conclusão.

²⁶ A conduta tipificada na alínea d do inciso IV do art. 5º, por sinal, parece abarcar, por mais genérica, outras infrações previstas no mesmo inciso, quais sejam: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

²⁷ Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

A busca por uma resposta deve levar em consideração a natureza dos sujeitos ativos visados por cada lei, bem como o tipo de responsabilização incidente. Nesse ponto, a Lei de Improbidade Administrativa se assenta sobre a responsabilidade subjetiva, ou seja, demanda a demonstração de culpa, em sentido amplo, para que a penalização tenha lugar. Por outro lado, a Lei Anticorrupção estabelece a responsabilidade objetiva, que é mais gravosa, uma vez que prescinde da culpa e exige apenas a demonstração do nexo causal.

Além do tipo de responsabilidade cominada em cada lei é importante visualizar, também, as sanções definidas em cada um dos diplomas, em especial, aquelas de natureza judicial.

O art. 12 da Lei de Improbidade estipula como sanções para as diferentes condutas rechaçadas, entre outras, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Essas sanções são muito semelhantes às aquelas cominadas no art. 19 da Lei Anticorrupção, atinente ao processo judicial de responsabilização, em especial, a de 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, e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Em princípio, portanto, o risco do *bis in idem* existe.

Também não se pode esquecer que o art. 20 da Lei 12.846/13 estabelece a possibilidade de, na ação judicial, se solicitar a aplicação das sanções do art. 6º, vocacionadas ao processo administrativo de responsabilização, se tiver havido omissão das autoridades públicas competentes para o citado PAR. Ou seja, há de se considerar, ainda, a possibilidade de se multar a entidade e se determinar a publicação de notícia sobre seu mal feito, como o art. 6º estabelece.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

A Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - foi ratificada pelo Brasil em 1992. Segundo ali disposto, assegura-se que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Interpretação literal conduz ao limitado alcance da norma, protegendo apenas parcialmente, seja por mencionar o absolvido e não o condenado, seja por prever a não submissão a novo processo e não à nova sanção, seja por mencionar o trânsito em julgado.²⁸

²⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “ne bis in idem” e a constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 16, v. 4, 2005.

Analisado sob a ótica da Constituição de 1988, o princípio há de ser considerado como reflexo do Estado Democrático de Direito e da centralidade da pessoa humana. A ausência de contornos para a atividade sancionatória do Estado situaria o cidadão como refém do poder estatal, geraria profunda instabilidade que antagonizaria com a ideia de segurança jurídica, baluarte de um Estado de Direito.

O princípio da proporcionalidade, a constranger os agentes públicos a adotarem condutas ajustadas ao interesse público, vedados os excessos (assim como as omissões), também se entrelaça com o princípio do *ne bis in idem*.

Logo, seja sob a vertente formal, a inibir a instauração de novo processo diante do mesmo fato, seja sob o ângulo material, a afastar a punição dupla, na mesma esfera, diante do mesmo fato, é possível afirmar a validade do citado princípio no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal coleciona inúmeros julgados sobre o tema, tendo editado a Súmula n. 19/STF, segundo a qual: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

No mesmo sentido, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso no qual se nega a possibilidade da dupla punição a servidor público na esfera administrativa, conforme ementa a seguir, a qual, por ilustrativa da relevância que o princípio do *ne bis in idem* assume na ordem jurídica brasileira, merece ser transcrita em sua integralidade:

ADMINISTRATIVO PROCESSO DISCIPLINAR. INOCÊNCIA PROCLAMADA. CONDENAÇÃO EM PROCESSO PENAL. NOVO PAD. FATOS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO COMPREENDIDOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTERIOR. BIS IN IDEM. SEGURANÇA CONCEDIDA. HISTÓRICO DA DEMANDA. 1. O impetrante respondeu a Processo Administrativo-Disciplinar instaurado em 2002, em que foi absolvido por decisão prolatada no mesmo ano. Posteriormente, veio a ser condenado em processo criminal que teve curso na 3ª Vara Federal de Porto Velho/RO, com início também em 2002, mas cuja sentença foi proferida em 2008. Em decorrência da condenação penal, cuja sentença transitou em julgado, em 2010 a Administração instaurou novo PAD, em que o servidor foi demitido. 2. O ex-servidor sustenta que não poderia ser condenado pelos mesmos fatos pelos quais já havia sido absolvido no PAD de 2002 e prescrição. A Administração, por sua vez, alega que não há bis in idem, pois o objeto do novo PAD não são as irregularidades apuradas no processo anterior, mas a condenação penal transitada em julgado que lhe foi imputada, além de que o fato apurado no processo criminal seria diverso daquele apurado no primeiro processo disciplinar. Quanto à prescrição, a Administração sustenta que seu termo inicial seria a data em que ela teve conhecimento da condenação penal transitada em julgado. O QUE SE PUNE NÃO É O FATO DO SERVIDOR SER CONDENADO CRIMINALMENTE, MAS AS CONDUTAS QUE LEVARAM A ESSA CONDENAÇÃO. 3. O art. 132, I, da Lei 8.112/90 não determina que ser condenado por

crime contra a Administração Pública é uma irregularidade administrativa, mas que as infrações praticadas contra a Administração que também constituam crime devem ser necessariamente punidas com a pena de demissão. 4. Entendimento em contrário levaria a que, por ter praticado uma determinada conduta, o servidor poderia receber uma penalidade administrativa e, após ser condenado penalmente, receber uma segunda punição administrativa. VEDAÇÃO ABSTRATA À EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM 5. O STJ entende que, julgado um Processo Administrativo Disciplinar instaurado contra servidor público federal, a revisão da conclusão só poderá acontecer em duas hipóteses: a) existência de vício insanável no PAD, que o torne nulo; e b) surgimento de fatos novos que justifiquem o abrandamento da penalidade ou a declaração da inocência do servidor. 6. O art. 174 da Lei 8.112/90 só prevê a revisão do PAD “quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada” e o parágrafo único do art. 182 é explícito em que “da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade”. 7. nesse sentido: MS 17.370/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, Dje 10/09/2013; MS 10.950/DF, Rel. Ministro O Fernandes, Terceira Seção, Dje 01/06/2012. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NO CASO CONCRETO 8. Procede a alegação de bis in idem, pois as infrações pelas quais o servidor foi condenado criminalmente e que seriam a base da demissão aplicada no PAD instaurado em 2010 estavam compreendidas no objeto do PAD anterior, de 2002, em que o impetrante havia sido absolvido. 9. A própria Controladoria-Geral da União reconheceu a identidade de fatos, afirmando que “a leitura da sentença condenatória permitiu verificar que os acusados foram condenados pelos mesmos fatos apurados por meio do PAD nº 172/AER/CAC/2002”. PRESCRIÇÃO 10. Ainda que não houvesse o bis in idem, teria ocorrido a prescrição. Sendo a infração administrativa capitulada como crime, a prescrição rege-se pelas regras do Direito Penal e, no caso, seria de 8 anos, por aplicação do art. 109, IV, do Código Penal, já que a pena-base aplicada foi de 3 anos e 8 meses de reclusão. Tendo o primeiro PAD sido instaurado em 17.4.2002, nesta data ocorreu a interrupção do prazo prescricional que, todavia, voltou a correr após 140 dias (STF, RMS 23.436/DF), tendo termo final em 2010, antes da aplicação da penalidade, que só ocorreu em 2011. CONCLUSÃO 11. Segurança concedida para anular o ato de demissão do impetrante, com pagamento da remuneração devida desde a data do ajuizamento. (MS 17.994/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 17/04/2017)

Deve se considerar que um mesmo ato pode redundar na aplicação de sanções oriundas de esferas diversas. Assim, um servidor poderá ser sancionado na esfera administrativa e judicial.

Da mesma forma, há de se reconhecer que as leis podem prever reprimenda dupla aplicável ao mesmo fato na mesma oportunidade. É o que a Lei n. 8.666/93

estabelece em seu art. 87 ao prever que a multa, inciso II, pode ser aplicada em conjunto com as demais sanções distribuídas nos demais incisos. A Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade igualmente possibilitam a conjugação de sanções.

Diferente a situação quando a mesma esfera - administrativa ou judicial - pretende exercer duplo juízo, proveniente de autoridades distintas em momentos diversos. Assim, segundo entendemos, a aplicação de pena judicial em dado momento por ofensa à probidade, seguida de nova sanção judicial pelo mesmo fato, não pode prosperar.

Imaginar que uma empresa responda judicialmente em face de determinado comportamento inaceitável à luz do art. 5º da Lei 12.846/13 e esse mesmo comportamento venha a ser novamente, após aplicadas as punições, objeto de nova demanda agora com base na Lei 8.429/92 parece desproporcional, ainda que que a essa conclusão se chegue segundo dispõe o art. 30 da Lei Anticorrupção.

Excessos punitivos, agravados quando as sanções são de mesma natureza, como ocorre com a multa duplamente referenciada nas duas leis, não podem ser enaltecidos porque sequer prestigiam o interesse público.²⁹

Nesse ponto, considerando o *status* constitucional do princípio do *ne bis in idem*, recorremos às lições de Márcio Luís de Oliveira, segundo o qual os direitos, garantias e deveres fundamentais refletem a evolução jurídica de um povo; justamente por isso, compõem seu sistema constitucional.³⁰ A própria concepção sobre os limites da atividade punitiva do Estado evoluiu, vedando-se, hoje, por exemplo, a possibilidade de a pena ultrapassar a pessoa do condenado (Constituição, art. 5º, inciso XLV) e a pena capital (Constituição, art. 5º, inciso XLVII, alínea a). Mais do que compor formalmente os diferentes sistemas jurídicos, tais transformações, verdadeiras conquistas historicamente construídas, delineiam a própria identidade jurídica dos povos que as obtiveram.³¹

Portanto, a pretexto de garantir a afetividade do combate à corrupção, não se pode compactuar com retrocessos no sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais. Se nem ao constituinte é facultada a possibilidade de fazer o Direito retroceder, haja vista a necessidade de respeito ao acervo jurídico já conquistado pela sociedade,³² que o dirá o legislador infraconstitucional tomado por um afã punitivo.

²⁹ A propósito dos malefícios do excesso de punição, recomenda-se a consulta ao seguinte artigo de nossa lavra: FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. **Conjur**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em: 13 de set. 2017.

³⁰ OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 431.

³¹ Idem. p. 433.

³² OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 464.

5. EM BUSCA DE UMA SOLUÇÃO

A solução do impasse deve passar pelo entendimento da finalidade de cada uma das leis, já que, a princípio, sujeitos ativos, condutas e sanções não se diferenciam ao ponto de divisarmos regimes jurídicos com contornos tão claramente definidos.

Já dissemos que a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade estão inseridas no contexto de combate à corrupção. A Lei n. 8.429/92 visa resguardar a probidade na Administração Pública, penalizando, para isso, agentes públicos e terceiros que de alguma forma, e nos termos da lei, estão envolvidos com a conduta discutível. O foco está, portanto, no agente público, que pode atuar isoladamente ou não. A presença do terceiro nesse regime é contingente. Assim, a natureza da responsabilidade da pessoa física, que é, por lei, subjetiva, impõe-se ao terceiro que concorre para as condutas rechaçadas, seja ele também pessoa física ou uma pessoa jurídica.

A Lei n. 12.846/13, por sua vez, expressamente encampa a responsabilidade objetiva, cível e administrativa. A finalidade, nesse caso, é coibir condutas desviantes de particulares em suas tratativas com a Administração Pública. A previsão da responsabilidade objetiva, mais gravosa para o infrator, está em consonância com o clamor social por punições mais duras para os atos de corrupção, bastante presente no contexto de edição da Lei.

Logo, diante das considerações até aqui tecidas, considerando uma mesma conduta rechaçada simultaneamente pela Lei de Improbidade e pela Lei Anticorrupção, devemos perquirir se o sujeito ativo da conduta é agente público e/ou pessoa jurídica. Se presente apenas o agente público, será aplicado o regime da Lei de Improbidade, existentes os demais requisitos para sua incidência. Se o sujeito ativo for pessoa jurídica, o regime aplicável será o da Lei Anticorrupção.

No caso de autoria compartilhada entre agente público e pessoa jurídica, nos moldes do que dispõe o art. 3º da Lei n. 8.429/92, diante das distintas naturezas das responsabilidades previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção, bem como de suas repercussões na maior ou menor gravidade do processo de responsabilização, a presença do agente público atrairá a aplicação da Lei n. 8.429/1992, cujo regime é talhado para coibir atos de improbidade praticados por pessoas físicas contra a Administração Pública. Essa pode ser uma solução que hoje nos parece possível.

Pode-se pensar, também, na possibilidade de responsabilização do agente público sob a égide da Lei de Improbidade e da pessoa jurídica coautora ou partícipe – para utilizar a terminologia do direito penal – na esfera da Lei Anticorrupção. Prevalece, nesse caso, o critério da especialidade, já que a Lei Anticorrupção é especificamente talhada para a responsabilização da pessoa jurídica.

Assim, também fica preservada a eficácia do disposto no art. 3º da Lei n. 12.846/13, segundo o qual “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade

individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito". As pessoas físicas de que trata o dispositivo podem ser agentes públicos ou não. Quando o forem, aplicar-se-á a Lei de Improbidade. Nessa hipótese, a natureza da responsabilidade será subjetiva e não objetiva (como prescreve a Lei Anticorrupção).

Conclusão em sentido semelhante é expressada por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que, após explicitar o conteúdo das expressões induzir, concorrer e beneficiar-se, contidas no art. 3º da Lei de Improbidade, focam na conduta do terceiro que se beneficia direta ou indiretamente do ato ímprobo, asseverando que:

Assim, constatado que o terceiro tinha conhecimento da origem ilícita do benefício auferido – pois a admissibilidade da responsabilidade objetiva, além de não ter amparo legal, em muito comprometeria a segurança das relações jurídicas – estará ele passível de sofrer as sanções cominadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992.³³

Prevalece, portanto, o entendimento quanto à excepcionalidade da responsabilidade objetiva, em contraposição à responsabilidade subjetiva como regra geral.

As conclusões acima, inspiradas nos focos de cada uma das leis, também se prestam a afastar o risco de *bis in idem*, sem criar embaraços de outra ordem. Assim, poderá haver a responsabilização da pessoa jurídica e não haver da pessoa física (e, eventualmente, vice-versa), porque a apreciação do fato ocorrerá em processos distintos, com base em leis distintas.

São caminhos a se estudar, porque não há hoje escolhas maduras. O pequeno intervalo de tempo desde a edição da Lei 12.846/13, os desafios de compreendê-la e a falta de casos que tenham levado o Poder Judiciário a apreciar o problema explicam a razão para o assunto não ter recebido a importância devida.

Mas o tempo irá demandar o exame do problema com maior intensidade. Apenas se espera que a conclusão homenageie o princípio do *ne bis in idem*, porque o combate à corrupção há de ocorrer com suporte na ordem jurídica³⁴ e não dela apartado.

6. REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Estado, instituições e democracia: república**. Brasília: IPEA, 2010.

³³ GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 366-367.

³⁴ Como se disse, não se acredita que o Direito resolva tudo.

AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim? Palestra proferida na Brazil Conference. Harvard University, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 08 de set. 2017.

BELLOCHIO, Lucía. Access to public information in Argentina with particular reference to personal and institutional data protection. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 39-51, jul./set. 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.930.

BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y Derecho Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014.

BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.

BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 14, n. 58, p. 61-106, out./dez., 2014.

BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). **Corrupção: Ensaios e Crítica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CONJUR. **Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 24 de set. 2017.

FERREIRA, Alessandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a

colombiana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013.

FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. **Conjur**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em: 13 de set. 2017.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016.

FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

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

JURUENA, Cynthia Gruenling; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparência: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do “*ne bis in idem*” e a constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 16, v. 4, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014.

OLIVEIRA, Márcio Luís. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./ mar. 2016.

PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016.

PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña nº 12.846/2013. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 25-44, out./dez. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

SCHIAVI, Pablo. Información pública en clave de neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 13-45, jul./set. 2014.

SCHIAVI, Pablo. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 137-168, maio/ago. 2015.

VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016.