

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTA BÁRBARA CARNEIRO FÖPPEL EL HIRECHE

**PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO INSTRUMENTO PARA MELHORIA DA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS**

SALVADOR
2022

ROBERTA BÁRBARA CARNEIRO FÖPPEL EL HIRECHE

**PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO (POSSÍVEL) INSTRUMENTO PARA
MELHORIA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
PRESTACIONAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. João Glicério

SALVADOR
2022

Dados de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica. UCSAL. Sistema de Bibliotecas

H668 Hireche, Roberta Bárbara Carneiro Föppel El
Programa de integridade como (possível) instrumento para
melhoria da
concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais /
Roberta Bárbara
Carneiro Föppel El Hireche. – Salvador, 2022.
133 f.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho.

TERMO DE APROVAÇÃO

Roberta Bárbara Carneiro Föppel El Hireche

“PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO INSTRUMENTO PARA MELHORIA DA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS”.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em
Direito da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 02 de março de 2022.

Banca Examinadora:



Assinado de forma digital por
JOAO GLICERIO DE OLIVEIRA FILHO
Dados: 2022.04.12 13:01:12 -03'00'

Prof.(a)s. Dr.(a)s. João Glicerio de Oliveira Filho - UCSAL (orientador)

FERNANDA
RAVAZZANO LOPES
BAQUEIRO:0132676
9588

Assinado de forma digital por
FERNANDA RAVAZZANO
LOPES
BAQUEIRO:01326769588
Dados: 2022.06.13 17:56:18
-03'00'

Prof.(a) Dr.(a) Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro - UCSAL

NATALIA
PETERSEN
NASCIMENTO
SANTOS

Assinado de forma digital por NATALIA
PETERSEN
NASCIMENTO SANTOS
Dados: 2022.06.03
12:21:57 -03'00'

Prof.(a) Dr.(a) Natália Petersen Nascimento Santos - UFBA

A Deus, que me inspira a ser quem sou
e a superar os obstáculos do caminho.

A Valentina e Gamil Júnior, com todo meu amor.

RESUMO

O presente trabalho visa realizar uma análise do papel dos instrumentos de integridade para promover e dar efetividade aos direitos fundamentais em matéria social. A partir da discussão sobre corrupção e como esta prática afeta a estrutura orçamentária do Estado brasileiro, comprometendo a alocação de recursos para o cumprimento das prestações sociais devidas, apresenta-se uma reflexão sobre em que medida os instrumentos disponíveis para combate à corrupção e a criação de políticas de integridade dentro dos órgãos públicos podem contribuir para ampliar o alcance das ações da Administração Pública, dotar de eficácia os dispositivos constitucionais, construindo modos de agir e uma mentalidade de gestão pública apta a garantir a fruição dos direitos fundamentais sociais em vista da máxima efetividade, fortalecendo as estruturas do Estado social e promovendo mais igualdade e justiça social.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais – Estado Social – Mínimo Existencial – Compliance – Integridade – Corrupção – Eficácia normativa – Direitos Sociais

ABSTRACT

This dissertation seeks analyze the role of integrity and compliance instruments to promote and give effect to fundamental rights in social matters. Based on the discussion on corruption and how this practice affects the budgetary structure of the Brazilian State, compromising the allocation of resources for the fulfillment of the social benefits, a reflection is presented on the extent to which the instruments available to combat corruption and the creation of integrity policies within public agencies can contribute to broaden the scope of the actions of the Public Administration, endowing constitutional provisions with effectiveness, building modes of action and a mentality of public management able to ensure the fruition of fundamental social rights with a view to maximum effectiveness, strengthening the structures of the welfare state and promoting greater equality and social justice.

KEY WORDS: Fundamental Rights - Welfare State - Existential Minimum - Compliance - Integrity - Corruption - Normative Effectiveness - Social Rights

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO

2. ENTRE REVOLUÇÕES E GUERRAS: A ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO: DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.2 AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.3.1 Direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional

2.3.2 Da concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais

3. CORRUPÇÃO

3.1 CONCEITUANDO A CORRUPÇÃO: DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

3.2 INICIATIVAS INTERNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO QUE INFLUENCIARAM NO CONTEÚDO DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

3.2.1 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): história e requisitos antissuborno

3.2.2 Convenções Internacionais sobre Corrupção: OEA, OCDE e ONU

3.2.2.1 A Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA)

3.2.2.2 A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

3.2.2.3 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

3.3 ANÁLISE DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.3.1 Principais normas penais contra a corrupção

3.3.2 Lei de Improbidade Administrativa e lei da empresa limpa: principais normas não penais anticorrupção

3.3.2.1 Aspectos destacados da Lei Anticorrupção

4. PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO DE MELHORIA PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

4.1 O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

4.1 PRINCIPAIS NORMAS E FORMAS DE FUNCIONAMENTO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

4.2 DA POSSIBILIDADE DE MELHORIA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS ATRAVÉS DOS PILARES DO COMPLIANCE PÚBLICO

5. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

Os problemas enfrentados pelo Brasil remontam a circunstâncias quase que inatas à sua formação como nação. Estruturas sociais injustas, marcadas por violência, exploração, devastação ambiental e desigualdades extremas, se estabelecem com o passar das décadas e, ainda que tenham novas conformações jurídicas e políticas, essas estruturas persistem e é sobre elas que se constroem as instituições e práticas.

A incapacidade de compor com um passado marcado por genocídio e escravidão se alia a uma forma de administração pública cheia de vícios, que culminam em ineficiência, omissões, demagogia e privação de condições de vida básicas à população, a despeito de todos os direitos previstos em sede constitucional e consolidados internacionalmente como fundamentos últimos de qualquer Estado: os direitos que buscam preservar e garantir a dignidade da pessoa humana em todas as expressões de sua vida: existência orgânica, material, social, política e econômica.

Pensando nas possíveis formas de enfrentar as mazelas que acometem o país, é preciso, antes de qualquer coisa, investigar as causas que estão na origem desses problemas. Ao tratar de causas, estas se referem não apenas às dinâmicas histórico-políticas que trouxeram o Brasil até aqui, mas também das estruturas e das condutas que se consolidaram na esteira dos valores que informam as práticas e ações em sociedade e como Estado. É possível compreender as origens dos problemas sem, contudo, encontrar os pontos que devem ser combatidos para assegurar que, de alguma forma, sejam capazes de fazer com que as instituições estejam aptas para cumprir os valores e princípios que deveriam informar o exercício do poder e as relações entre os indivíduos.

Outrossim, uma vez encontradas as fontes dos problemas em concreto, para além das conjecturas do lugar comum, é preciso elaborar respostas que, levando em linha de conta os limites fáticos, financeiros e políticos, sejam capazes de oferecer uma solução sustentável, que consiga desmontar estruturas e criar novos parâmetros para funcionamento das instituições e para o exercício do poder por parte do Estado, habilitando uma forma de gestão que maximize o bem-estar, promova igualdade e justiça social, garanta liberdades e direitos, tornando o Estado apto a cumprir suas missões constitucionais.

Dentre os inúmeros problemas que se colocam no horizonte dessas reflexões, um deles despertou maior interesse: o impacto da corrupção na capacidade de o Estado cumprir as obrigações devidas em sede de direitos fundamentais. Sabe-se que essa é uma das questões mais complexas e arraigadas na estrutura política brasileira, sendo condenada a sua prática e desejada um exercício ético e probo do poder, mas, de fato, não existe completo entendimento da extensão do dano real causado e o quanto isso afeta a atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais.

É a partir dessas questões que esse trabalho realiza uma investigação cujo escopo é discutir o impacto da corrupção na realização das prestações devidas pelo Estado em sede de direitos fundamentais. O corte epistemológico delimita a análise ao problema dos direitos fundamentais sociais positivados na Constituição Federal de 1988 e se cinge à pergunta sobre instrumentos capazes de dar mais eficácia a essas normas.

No primeiro capítulo, apresenta-se o problema dos direitos fundamentais através de uma digressão a suas origens e fundamentos filosóficos. Em seguida, analisa-se como a Constituição Federal de 1988 tratou esses direitos e os problemas relacionados à sua concretização, debatendo conceitos implicados no processo e os limites impostos à atuação estatal em face da garantia e fruição desses direitos por parte de quem os titulariza. Aqui a pergunta sobre emprego dos recursos públicos se delinea em vista da reserva do possível e do mínimo existencial, e o olhar se volta ao problema da corrupção e sobre como esta pode afetar a eficácia das normas de direitos fundamentais.

Dando sequência à pesquisa, a partir da pergunta colocada sobre o papel da corrupção, faz-se uma análise deste conceito, recorrendo à doutrina nacional e estrangeira e destrinchando os diplomas legais, orientações e normas jurisprudenciais sobre a matéria, bem como as implicações para o Poder Público, apontando falhas do sistema e questionando sobre os meios possíveis para combater esse crime e suas consequências. Sabe-se que a corrupção é um dos temas que mais despertam paixões políticas e, especialmente desde a operação lava jato, ganhou espaço cada vez maior na imprensa e nas mídias sociais, compondo assim o centro das discussões políticas brasileiras. Entender essa prática e analisar seus impactos nas políticas públicas é de suma importância.

Se antes a questão era deixada ao âmbito das CPIs e arranjos de ordem política, a partir da Lava Jato a questão adquire novos contornos, envolvendo a responsabilidade penal de agentes públicos e privados, a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas, inclusive estatais, equipes de investigação e processos acompanhados com grande interesse pela população.

Realizou-se destarte uma análise da evolução das práticas de corrupção, com aporte em doutrina e em soluções legislativas nacionais e estrangeiras, assim como os principais tratados sobre a questão, não se restringindo às suas implicações jurídicas, para elevar à discussão sobre como a corrupção afeta a efetivação dos direitos fundamentais em matéria social.

No capítulo seguinte, a pesquisa se volta especificamente ao papel dos instrumentos de integridade, demonstrando como este instituto pode promover um incremento para a implementação de políticas visando tornar efetivos os direitos fundamentais sociais prestacionais, analisando as formas de regulação e execução do programa de integridade na Administração Pública brasileira. Nesse sentido, foi apresentado arcabouço legal sobre os programas de integridade nas instituições que compõem a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, bem como seu papel na prevenção e combate à corrupção.

Ao final, a conclusão do trabalho apresenta os achados da pesquisa e as ponderações sobre a questão, elencando as conclusões encontradas ao longo do texto e apontando caminhos para o tratamento do problema em termos concretos.

A pesquisa foi bibliográfica e jurisprudencial, de caráter qualitativo, com recurso a doutrina nacional e internacional, mas focada nas questões brasileiras e em vista do sistema político e ordenamento jurídico pátrios, com recurso a análises pontuais em termos de direito comparado.

2. ENTRE REVOLUÇÕES E GUERRAS: A ORIGEM DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS

Pensar sobre direitos fundamentais é refletir sobre a história ocidental em seus momentos mais contraditórios e dolorosos. O surgimento de uma mentalidade humanista foi resultado de uma longa história de sofrimento, de lutas e reveses, e até hoje os desafios estão postos nos mesmos termos, haja vista as dificuldades na concretização dos valores decorrentes do princípio da dignidade humana, a instabilidade política e jurídica de países marcados por conflitos históricos cada vez mais difíceis de serem solucionados e os retrocessos no campo político pelos quais democracias consolidadas vem passando, a exemplo dos Estados Unidos da América e do Brasil. Longe de serem um consenso, os direitos humanos e os direitos fundamentais deles decorrentes são um campo aberto de disputa mesmo em ordenamentos jurídicos que os tem como princípios fundadores e norteadores.

O processo de positivação dos direitos fundamentais obedece às circunstâncias históricas proporcionadas por eventos diversos, nos quais se tem a dimensão dos problemas e necessidades oriundos do incremento das relações humanas, seja por conta de questões sociológicas, naturais, econômicas ou tecnológicas. Se há algo que pode nomear como uma característica central desses direitos é que eles são historicamente condicionados: surgem das dinâmicas humanas ao longo da história e, por força mesmo dessa característica, são sempre objeto de questionamento e disputa na arena política. Como Jacques Rancière oportunamente concluiu no seu texto *Who is the Subject of the Rights of Man?*¹, os direitos fundamentais são gramática, mas também se fazem na luta, representam sempre um agir, sob pena não somente de comprometer sua eficácia, mas também sua própria existência. No mesmo sentido é a lição de Etienne-Richard Mbaya:

Os direitos humanos correspondem a certo estado da sociedade. Antes de serem inscritos numa constituição ou num texto jurídico, anunciam-se sob a forma de movimentos sociais, de tensões históricas, de tendência insensível das mentalidades evoluindo para outra maneira de sentir e pensar.²

¹ RANCIÈRE, Jacques. Who is the Subject of the Rights of Man? **South Atlantic Quarterly**. Vol. 103, Issue 2-3 (Spring/Summer 2004). Durham: Duke University Press, 2004, pp. 297–310

² MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade das culturas. In: **Revista Estudos Avançados**, n.30. São Paulo: USP, 1997, p. 20.

A luta, portanto, é constitutiva e constituinte dos direitos, sendo sempre necessária para seu surgimento e existência, mas também para sua realização e para a fruição por parte de seus titulares, pois nem mesmo a positivação desses tem o condão de esgotar seu alcance, significado e potência transformadora diante das constantes contradições que se colocam no horizonte. Diante da questão hermenêutica de seus possíveis sentidos e limites de interpretação, se abre igualmente uma infinidade de conflitos que ultrapassam a gramática dos direitos e chegam mesmo a influenciar a forma como esses serão postos em prática.

Dentro dos limites deste trabalho, propõe-se aqui uma reflexão sobre como os direitos fundamentais produzem implicações sob a forma de deveres aos agentes, vez que para cada direito do cidadão existirá um dever correspondente por parte do Estado e da sociedade. Para além do duelo social e político, existe um problema que concerne à sua dimensão obrigacional, que recai sobre os agentes — públicos e privados — que possuem o dever de tornar os direitos fundamentais uma realidade concreta, criando mecanismos, práticas e regulamentos que garantam e propiciem seu exercício por parte dos cidadãos. É sobre esse aspecto que a discussão aqui proposta vai se dedicar.

Contudo, para uma devida compreensão do problema e as consequentes discussões e reflexões sobre possíveis caminhos para sua solução, faz-se mister entender como os direitos fundamentais surgem, quais processos desencadearam a orientação do princípio da dignidade humana como valor universal e como isso se desdobra nas diferentes dimensões de direitos que informam e também obrigam os sistemas jurídico e político das democracias hodiernas. Investigar a origem dos direitos fundamentais é a melhor forma de entender qual a dimensão do desafio de sua eficácia especialmente diante da persistência de elementos autoritários, totalitários e fascistas a ameaçar a democracia e seus fundamentos.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO: DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tradicionalmente, o marco histórico dos direitos humanos, dos quais derivam os direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira de 1988, são a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, momentos históricos em que

se institui a ideia de direitos oriundos do valor inalienável da dignidade humana, que antecedem e estão acima da ordem estatal e que dizem respeito a todos os indivíduos pertencentes ao gênero humano.

Na Antiguidade, é possível já vislumbrar alguns institutos que apontam na direção do reconhecimento de um conjunto de valores e normas de caráter universal³ em contraste com leis de caráter local (Aristóteles) e a ideia de um direito natural, que tem por objeto a regulação das relações entre os povos (Cícero) e pavimentou o caminho para o conceito de *Jus Gentium*, o direito das gentes. Tais concepções, todavia, não gozavam da mesma abrangência e finalidades dos hoje direitos humanos, uma vez que, como sabemos, essas sociedades escravocratas excluíaam do estatuto dos direitos universais diversos seres humanos, pelas mais distintas razões, negando-lhes o reconhecimento da dignidade humana e da própria condição de pessoa humana.

Como Hannah Arendt demonstra, ao discorrer sobre a política ateniense em sua obra “*A condição humana*”, escravos e todos aqueles que se encontrassem sob domínio, restritos ao âmbito da existência doméstica, eram desprovidos de direitos e considerados inferiores pela ordem política da época, representados na figura do *animal laborans*: a condição pré-política e pré-humana a que alguns homens e mulheres estavam confinados. Humano, dentro dessa perspectiva, é somente aquele que adentra a esfera pública na condição de livre e igual perante seus pares e pode aparecer perante os demais pelos seus feitos e discursos. Em outras palavras, somente o cidadão era considerado humano.

Durante a Idade Média até o início da Idade Moderna, com o advento da Cristandade ocidental a partir do século XI, a cidadania deixa de ser um vínculo político *per se* e ganha contornos religiosos. As relações agora são intermediadas por um poder divino (ou secular), responsável direto pelo reconhecimento do estatuto humano aos sujeitos, promovendo assim a divisão e a dissociação do gênero humano nas figuras do fiel (cidadão) e do infiel. Assim, a religião é considerada uma questão de ordem pública e, mesmo depois da reconfiguração das monarquias europeias após o Tratado de Westphalia (1648), o elemento fundamental da ordem política era a religião

³ Neste sentido, explica Mbaya: “À sua maneira, as grandes correntes de pensamento propuseram, já de há muito, certo ideal dos direitos humanos; mas foi apenas ao longo das últimas décadas e, sobretudo, desde a última guerra mundial, que se buscou dar a eles uma formulação precisa e jurídica com relação à qual os Estados poderiam se comprometer.” *In*: MBAYA, Etienne-Richard. *Op. cit.*, p. 19.

professada pelo monarca, abandonando-se a noção de um direito natural comum a todos os homens, substituído pelos direitos (positivados ou consuetudinários) do Estado.

Ademais, com a expansão promovida pelos descobrimentos além-mar, o contato com novas civilizações e etnias desencadeou uma série de teorias de caráter racista, cujo escopo era classificar os sujeitos pertencentes a outras etnias e com fenótipo não-caucasiano como raças inferiores ou mesmo inumanos, comparados a animais. A ideia de direitos universais passa assim a se referir cada vez menos ao que se deve entender por “universal”, o ser humano em suas múltiplas existências e etnias. É importante lembrar que essa chaga segue aberta e está na raiz não só dos eventos nefastos que marcaram a primeira metade do século XX, mas também é a causa por trás de um sem-número de conflitos e problemas em todos os países com passado colonial.

Os direitos humanos tal qual conhecemos atualmente surgem da antinomia das relações do indivíduo com seus congêneres e com a sociedade e dizem respeito, portanto, a um conflito fundamental de ordem social pertencente às mudanças sociais, políticas e econômicas do final do século XVIII, quando ocorrem três fenômenos decisivos, a saber: o declínio das monarquias absolutas, a contestação do poder secular da Igreja e a paulatina e irreversível substituição do sistema feudal pela industrialização e os consequentes dilemas postos pelo capitalismo nascente.

Ao trazer o ser humano para o centro da política, estabelecendo o princípio antropocêntrico como fundamento de todas as ordens e instituições humanas, em substituição ao modelo teológico imposto pela Igreja, os assuntos humanos passam a ser considerados a partir de sua dimensão terrena, das relações sociais entre os sujeitos e destes com o Estado, sem a intermediação de um poder divino como fundamento último de todo sistema, o que tornou possível o nascimento da ideia de direitos e de um estatuto próprio dos indivíduos em face do poder, agora visto como um fenômeno humano, fundado em um conjunto de valores de caráter mundano.

As Revoluções Americana e Francesa desmontam as estruturas de poder, mas também seus fundamentos axiológicos. A partir da retomada da ideia de direitos inatos à condição humana, teóricos como John Locke vão sustentar a existência do que se cunhou como “propriedade”, o conjunto de bens que pertencem a um sujeito, tais

como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a resistência à opressão, a propriedade privada, a busca da felicidade, todos esses valores que foram nomeados nas Declarações decorrentes das bem sucedidas revoluções dos dois lados do Atlântico, que passam a ser entendidos como direitos de cidadania anteriores e superiores à ordem estatal e que se baseiam na ideia de uma comunidade universal do gênero humano: a Humanidade.

É importante frisar, contudo, que essa vocação à universalidade do conceito de humano não significou de imediato o reconhecimento da dignidade e da humanidade de escravos, mulheres e minorias religiosas, como os judeus, e a consequente fruição dos direitos do homem por parte dessas minorias. Houve discrepâncias no modo como essas questões foram tratadas nos Estados Unidos⁴ e na França, especialmente no que tange à escravidão, cujos ecos se fazem ouvir nas dinâmicas contemporâneas que evidenciam uma sociedade fraturada pelo racismo ainda hoje, apesar da afirmação dos direitos universais em suas declarações e cartas constitucionais. Os direitos dos afro-americanos, por exemplo, ainda são um tema controverso numa das maiores democracias do mundo, que optou por fundar a terra dos livres e iguais sem abolir a escravidão e que adotou por décadas políticas de segregação racial, mesmo após os paradigmas instituídos após a Segunda Guerra Mundial.⁵

A propósito da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e da importância da posituação de seus valores universalistas, Lynn Hunt explica que:

(...) os acontecimentos de 1774-6 fundiram temporariamente os pensamentos particularista e universalista sobre os direitos nas colônias insurgentes. Em reação à Grã-Bretanha, **os colonos podiam citar os seus direitos já existentes como súditos britânicos e, ao mesmo tempo, reivindicar o direito universal a um governo que assegurasse os seus direitos inalienáveis como homens iguais. Entretanto, como os últimos de fato anulavam os primeiros, à medida que se moviam mais decisivamente para a independência os americanos sentiam a necessidade de declarar os seus direitos como parte da transição de um estado de natureza de volta a um governo civil** — ou de um estado de sujeição a Jorge III em direção a uma nova política republicana. **Os direitos universalistas nunca teriam sido declarados nas colônias americanas sem o momento revolucionário criado pela resistência à autoridade britânica.** Embora nem todos concordassem sobre a importância de declarar

⁴ Nesse sentido: WILKERSON, Isabel. **CASTA: As origens de nosso mal-estar**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

⁵ Neste sentido: MOURALIS, Guillaume. **Le Moment Nuremberg: Le procès international, les lawyers et la question raciale**. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2019.

os direitos ou sobre o conteúdo dos direitos a serem declarados, a independência abriu a porta para a declaração dos direitos.⁶ (grifos nossos)

A despeito dessa nova percepção da existência de uma comunidade universal e de direitos universalistas que remetem a um direito natural acima dos demais, o século XX foi palco de duas guerras mundiais extremamente violentas. Nesse contexto bélico, o mundo é atravessado por uma experiência inédita: a ascensão do totalitarismo na esteira do nazi-fascismo. Mais uma vez, as questões raciais aparecem como pano de fundo para o desenvolvimento de ideologias de caráter autoritário, que negam a uma parcela da humanidade a sua condição humana.

No rastro das empreitadas coloniais ferozes e assassinas capitaneadas por países europeus (notadamente as investidas imperialistas de França, Inglaterra, Bélgica e Alemanha no século XIX), a barbárie imposta aos povos do continente africano tomou forma e ganhou corpo, trazendo consigo uma espécie de visão de mundo hostil ao gênero humano ao determinar que há sujeitos supérfluos, descartáveis porque não-humanos pelo simples fato de sua cultura, etnia, religião não serem reconhecidas como pertencentes ao que se convencionou chamar de universal.⁷ Como muito bem explica Arendt, “nós não nascemos iguais! Tornamo-nos iguais enquanto membros de um grupo, em virtude da nossa decisão de nos garantirmos mutuamente direitos iguais.”⁸

No desenrolar da história, o genocídio perpetrado pelos europeus no corpo da população africana ganharia sua versão no Velho Mundo: a Shoah (ou Holocausto), o extermínio de judeus, ciganos, homossexuais, deficientes e demais sujeitos tidos

⁶ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução Rosaura Eichenberg.— São Paulo: Companhia das Letras, 2009, pp. 121-2.

⁷ Hunt destaca como os especialmente os alemães se colocaram à margem da ideia de universalidade proposta pelos revolucionários franceses e seus desdobramentos, optando pela adesão ao nacionalismo, fato que está na raiz da ideologia nazista que informará as políticas da Alemanha após a eleição de Adolf Hitler. “Em reação ao imperialismo francês, alguns escritores alemães rejeitaram tudo o que era francês — inclusive os direitos do homem — e desenvolveram um novo sentido de nação, baseado explicitamente na etnicidade. Carecendo de uma estrutura única de nação-Estado, os nacionalistas alemães enfatizavam em seu lugar a mística do *Volk* ou povo, um caráter próprio alemão que o distinguia dos outros povos. Os primeiros sinais de problemas futuros já podiam ser percebidos nas visões expressas no início do século XIX pelo nacionalista alemão Friedrich Jahn. “Quanto mais puro um povo, melhor”, ele escreveu. As leis da natureza, sustentava, operavam contra a mistura de raças e povos. Para Jahn os “direitos sagrados” eram os do povo alemão, e ele ficava tão exasperado com a influência francesa que exortava seus colegas alemães a parar completamente de falar francês.” In: HUNT, Lynn. Op. cit., p. 183

⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação de Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 291.

como “associais” ou “delinquentes”, considerados para todos os fins como seres inferiores, supérfluos, descartáveis, indesejados, inumanos, possuidores de características inatas que fazem deles uma praga a ser exterminada da face da Terra em nome do progresso da humanidade.

O diagnóstico arendtiano para esses crimes hediondos cometidos pelos nazistas é sem rodeios: “O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano.”⁹ Os direitos humanos, sem o amparo da cidadania — o vínculo do indivíduo a um Estado e, por conseguinte, a um ordenamento jurídico que lhe garante direitos fundamentais e proteção contra o arbítrio estatal —, não passam de uma abstração sem força para salvaguardar o humano como tal.¹⁰ Ficou patente a “nudez abstrata, que não faz senão acentuar a diferença entre os indivíduos, em vez de incitar a tratá-los como semelhantes.”¹¹

Sem o sistema de direitos do cidadão, os direitos do homem não possuem nenhum poder perante a soberania estatal. Indivíduos deslocados dentro do sistema interestatal de nacionalidades, desprovidos do status de cidadão, são sujeitos de segunda classe à mercê do arbítrio do Estado em cujo território se encontrem. Destarte, é nas estruturas do Estado que se tem não apenas a garantia desses direitos, mas a possibilidade mesma de sua aplicação a situações concretas. Não à toa, Arendt cunhou a cidadania como o “direito a ter direitos”, que Adriano Correia explica de forma elucidativa quando afirma que:

O significado subjacente a esse direito fundamental mais remoto traduz-se no direito de ser julgado não pelo que naturalmente se é, mas pelo que se fala e se faz – em suma, o direito de todo o indivíduo humano de ser julgado por suas palavras e ações em uma comunidade política da qual ele mesmo participa.¹²

⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 333.

¹⁰ Neste sentido, Hunt destaca a posição de Burke sobre a força dos direitos humanos: “Aqueles que apoiavam os direitos do homem haviam negado a importância da tradição e da história. Precisamente porque se baseava em ‘abstrações metafísicas’, a Declaração francesa, sustentava Burke, não tinha força emocional suficiente para impor a obediência. Como poderiam aqueles ‘pedaços miseráveis de papel borrado’ ser comparados ao amor a Deus, ao amor reverente aos reis, ao dever com os magistrados, à reverência aos padres e à deferência para com os superiores? Os revolucionários teriam de usar a violência para se manter no poder, ele já tinha concluído em 1790.” In: HUNT, Lynn. Op. cit., p 178.

¹¹ COURTINE-DÉNAMY, Silvie. **Hannah Arendt**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 230.

¹² CORREIA, Adriano. **Hannah Arendt e a Modernidade. Política, economia e disputa por uma fronteira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 191.

Este conceito será retomado mais adiante quando for abordado os desafios contemporâneos referentes aos direitos fundamentais no Brasil, qual o papel do Estado em relação a tais desafios e como os instrumentos de integridade podem servir ao propósito de uma maior eficácia desses direitos.

Foi no espanto desses acontecimentos devastadores da Segunda Guerra Mundial que a proposta de uma declaração universal de direitos humanos foi retomada, mas desta vez em outros termos, vez que marcada pelos fracassos do passado. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, sob o impacto da tragédia e dos julgamentos dos criminosos nazistas, a Declaração¹³ estabelece “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, instituindo que o status de ser humano está acima do status de cidadão de um Estado, e determinando, em seu art. VI, que “todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”.

Com isso, visou-se impedir que os subterfúgios jurídicos e políticos usados pelos nazistas para desumanizar suas vítimas, privando-lhes de qualquer proteção enquanto pessoas humanas, pudessem ser usados novamente no futuro. A experiência totalitária é, portanto, o evento que desencadeou essa nova configuração dos direitos humanos como condicionantes (e não mais condicionados) da soberania estatal.

Todos os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) aceitam e se comprometem a executar as obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas, contribuindo assim para o “respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (art. 55, c). Entretanto, como aponta Etienne-Richard Mbaya, “revelou-se necessário e indispensável precisar a força obrigatória dos direitos humanos, pela adoção de certo número de convenções que os Estados tinham a faculdade de ratificar.”¹⁴

A partir de então essa nova mentalidade acerca dos direitos humanos passará a informar a maneira como estes serão incorporados aos ordenamentos jurídicos nacionais. No Brasil, eles ganham o *status* de direitos fundamentais e a Constituição

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> .

¹⁴ MBAYA, Etienne-Richard. Op. cit., p. 19.

Federal de 1988 lhes conferiu ainda caráter de cláusula pétrea, fundamento último da ordem estatal, que deve informar as leis, os sistemas político, econômico e a sociedade.¹⁵

A força normativa desses direitos se aplica não somente os cidadãos, mas a todos aqueles que se encontrem em território nacional, numa franca adesão à dimensão universal da condição humana e do estatuto supra estatal da dignidade da pessoa humana. Eles geram obrigações para agentes privados, mas também para o Poder Público, que deve não apenas enunciar esses direitos, mas garantir que eles sejam respeitados nas relações entre os indivíduos e dos indivíduos com as instituições. Além de zelar pela sua observância, resta ainda mais uma obrigação para os agentes públicos e privados: promover sua aplicação e criar instrumentos para sua efetividade, não bastando a simples enunciação de normas em leis, regulamentos e estatutos, e sim a realização concreta desses direitos em práticas cotidianas das instituições.

Nessa esteira, o horizonte da presente investigação apresenta algumas questões essenciais para a compreensão do papel dos instrumentos de integridade no sentido de uma melhor e maior eficácia dos direitos fundamentais. Como um programa de integridade pode promover a fruição dos direitos fundamentais? Como pode o Poder Público concretizar esses direitos nas suas práticas cotidianas, tornando os direitos fundamentais uma medida para o próprio funcionamento das suas instituições? Qual o impacto da corrupção na concretização dos direitos fundamentais? Existe uma forma de orientar a atuação do Poder Público a partir do estabelecimento de uma cultura de integridade destinada a melhorar o acesso aos direitos fundamentais por parte dos cidadãos?

Antes de enfrentar essas questões, é preciso ainda refletir sobre as gerações de direitos, mais especificamente os direitos sociais, que, conforme já exposto acima, possuem uma natureza positiva, prestacional, implicando uma obrigação de fazer por parte dos órgãos públicos: é especificamente na concretização desses direitos que o problema se coloca nos termos da investigação aqui proposta. Feita essa reflexão, podemos então tratar da relação entre a eficácia dos direitos fundamentais e as condutas dos agentes públicos, e como os programas de integridade podem oferecer

¹⁵ Essa questão será tratada mais adiante, tomando por base a interpretação de alguns doutrinadores, como Ingo Sarlet.

respostas aos problemas observados nessa relação no que tange à concretização e eficácia dos direitos sociais.

2.2 AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consoante visto até aqui, as atuais práticas concernentes aos direitos fundamentais decorrem de uma guinada axiológica ocorrida a partir da Segunda Grande Guerra, inscrevendo-se como um conjunto de princípios e valores indissociáveis da própria ideia de Direito e Estado.

Não há que se falar em Direito sem assumir que os direitos fundamentais constituem parte do próprio conceito, assim como a legitimidade de um Estado repousa na adoção desses direitos como sua *raison d'être*. E, como o processo de formação desses direitos é historicamente condicionado, para cada nova conjuntura histórica, uma geração de direitos fundamentais surge para oferecer uma resposta aos desafios e problemas colocados diante da humanidade.

Destarte, em teoria dos direitos fundamentais, fala-se de três ou quatro gerações de direitos, a saber: a) os direitos de primeira geração, composta pelos direitos de liberdade; b) os direitos de segunda geração, à qual pertencem os direitos sociais; c) os direitos de terceira geração, correspondente aos direitos ambientais e, por conseguinte, à autodeterminação em relação aos recursos naturais e ao desenvolvimento. Alguns sustentam ainda a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, que seria composta dos direitos surgidos em função das questões da bioética, da engenharia genética, da informática e demais aspectos concernentes ao uso de tecnologias modernas¹⁶.

É importante frisar que o termo gerações de direitos não implica uma evolução ou mesmo a compartimentação estanque desses direitos. Ela se presta para compreender e organizar os direitos que surgem ao longo de processo histórico, porém tais direitos são categorias abertas a novos significados, conceitos que se influenciam e se determinam mutuamente, e que também se transformam em alcance

¹⁶ Nesse particular, observe-se a Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022, que alterou a Constituição Federal de 1988 para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais.

e significado com o tempo, a fim de melhor adequarem-se às exigências da sociedade e do indivíduo.

A partir daqui, o trabalho se dedicará àqueles direitos que estão diretamente afetados no estudo proposto por esta pesquisa: os direitos sociais. Em contraposição aos direitos de liberdade, fundadores do Estado liberal, que prescrevem um limite, um “não-fazer”, uma obrigação de abstenção, os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no século XX pela crescente pressão de movimentos operários, estão na base do que chamamos de Estado social e determinam obrigações positivas, um fazer em prol da promoção de bem-estar social¹⁷, assumida aqui como um dever do Estado e um dos valores inerentes à sua constituição.

Entretanto, ainda que em termos gerais tal pareça ser uma missão de fácil execução, a realidade é repleta de exemplos do nível de complexidade, dos desafios, diferenças e conflitos existentes na realização desses direitos e os resultados daí oriundos. Variáveis como estágios de desenvolvimento ou mesmo disparidades culturais interferem na concretização desses direitos, cujo alcance e significado estão sempre em processo de construção e disputa.

Porquanto os direitos de liberdade possuem uma índole individualista, configurando um direito geral de liberdade, considera-se que o único limite à liberdade é a liberdade do outro. Com o advento dos direitos sociais, a ideia de liberdade necessariamente passa a compor-se em vista de outro limite, que é a igualdade — aqui entendida não como simples igualdade perante a lei, mas como igualdade material, a ser criada e levada a cabo por meio de uma série de prestações. Aqui não se trata de um direito inato ao indivíduo ou preexistente ao Estado e, diferentemente dos direitos de primeira geração, os direitos sociais demandam a realização de atos públicos discricionários de fazer ou dar alguma coisa. Conforme demonstra Jorge Miranda:

A existência das pessoas é afectada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos, liberdades e garantias, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos, é a esperança numa vida melhor que se

¹⁷ Há quem entenda que os direitos sociais possuem uma dimensão individual, ainda que alguns desses direitos possuam uma expressão coletiva. Cf. SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: um contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206.

afirma; com uns, é a liberdade actual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efectiva que se começa a realizar.¹⁸

Os direitos de liberdade e garantias são, desse modo, direitos cujo escopo é proteger o indivíduo dos arbítrios do poder, configurando-se como direitos à proteção, ao passo que os direitos sociais se referem à libertação das necessidades, configurando-se como direitos de promoção. Os primeiros limitam o poder, ao passo que os segundos visam organizar a solidariedade.¹⁹

Os direitos sociais evocam as grandes lutas políticas que atravessaram o século XX, como a Revolução Russa e os movimentos operários no mundo todo, que pressionaram as estruturas do Estado liberal ao confrontar o status dessas novas demandas frente às constituições. Se com a Revolução de Outubro houve um reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, com a constitucionalização destes direitos em consonância com os ideais revolucionários, que viam tais direitos pela perspectiva de um ideal norteador do Estado, outros movimentos, no México e na Alemanha da República de Weimar, igualmente inscreveram o seu estatuto constitucional, iniciando assim o processo de reconhecimento de uma categoria de direitos humanos que representam, ao fim e ao cabo, o direito a uma vida digna.

Esse entendimento, entretanto, não é majoritário e a legitimidade e fundamentação de tais direitos segue como objeto de conflito, gerando controvérsias no que tange a seu conteúdo e regime jurídico. A constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, apesar da evolução do sistema internacional de direitos humanos, encontra barreiras em vários entendimentos, que pugnam pela desnecessidade (e até mesmo a inconveniência) de atribuir-se a tais direitos o caráter de fundamentais, visto que tal matéria não representa conteúdo autêntico de um direito fundamental, bastando portanto o seu reconhecimento e regulação em leis infraconstitucionais, consideradas suficientes para cuidar de tal matéria.

O fato é que os direitos sociais se referem a concepções políticas divergentes, inscritas num cenário de disputas ideológicas do século XX, ainda que se tenha em perspectiva a ideia de Estado Democrático de Direito. O adjetivo “social” remete a valores que se contrapõem ao liberalismo político clássico, visto que as demandas

¹⁸ MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 188, out./dez.: Brasília, 2010, p. 26

¹⁹ MIRANDA, Jorge. Op. cit, p. 26

sociais são tradicionalmente limitadoras das liberdades individuais e determinam uma maior interferência do Estado nos assuntos privados e na economia. Para aqueles que entendem que os direitos sociais não são direitos fundamentais autênticos, a questão passa, portanto, pela prevalência de uma noção de Estado liberal, e por uma visão das gerações de direitos como sendo instituidoras de paradigmas que se antagonizam.

Jorge Reis Novais esclarece, contudo, que o modelo que contrapõe direitos de liberdade e direitos sociais na esteira do paradigma direito privado *versus* direitos sociais é equivocado, posto que não leva em linha de conta que o que caracteriza um direito como sendo de primeira ou segunda geração não é o momento em que ele surge, mas sim sua natureza jurídica. Não se trata de uma evolução. E exemplifica:

Temos direitos de liberdade e alguns direitos sociais no Estado liberal e temos igualmente os dois tipos de direitos no Estado social, pois que aquilo que os distingue de um ponto de vista jurídico-constitucional não é uma dada marca histórica de nascimento, mas uma eventual diferença estrutural ou de natureza jurídica. O direito de voto é um direito de liberdade, mesmo se veio a ser historicamente reconhecido, enquanto direito da pessoa, só na época do Estado social; da mesma forma que o direito à greve é um direito de liberdade, mesmo se no Estado liberal ele era considerado um crime; e da mesma forma que o direito à assistência ou à educação elementar são direitos sociais, mesmo se nasceram no Estado liberal. Também no direito laboral, que se estabelece no Estado social de Direito, tanto encontramos direitos de liberdade, segundo o modelo clássico, quanto direitos sociais.²⁰

Como já visto, os direitos sociais, diferentemente dos direitos de liberdade, prescrevem uma obrigação de fazer, instituindo uma linguagem de direitos nova e estranha ao que tradicionalmente se entendia ser a linguagem jurídica dos direitos, que estabelece limites às ações do Estado. E, com o advento da ideia de um Estado Social de Direito, ainda que as controvérsias em torno de sua legitimidade e natureza jurídica não deixassem de existir, permitiu uma ampliação da base de apoio à existência e constitucionalização desses direitos por variadas matizes políticas: movimento socialista, movimento socialdemocrata e até mesmo partidos conservadores de inspiração cristã.²¹

A questão aos poucos vai se despidendo da controvérsia entre ideologias e passa a representar o desejo por uma sociedade mais justa, solidária, inspirada numa visão

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 21

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 22.

da dignidade humana em termos substanciais e até mesmo no pragmatismo econômico que um tal avanço das questões sociais pode proporcionar.

Todavia, e isso pode ser observado nos conflitos sócio-políticos contemporâneos, a ascensão desses direitos de matéria social implicou uma série de demandas, de minorias e classes tradicionalmente marginalizadas e excluídas, que reclamam a titularidade dos direitos inscritos sob a égide de uma sociedade mais justa e igualitária.

Assim de todos os demais direitos humanos, que se conformam juridicamente como direitos fundamentais protegidos pelas constituições dos Estados nacionais, os direitos de matéria social possuem uma carga política maior no que diz respeito às lutas sociais do tempo presente, representando um desafio não apenas do ponto de vista jurídico de sua eficácia, mas também do ponto de vista político do seu reconhecimento aos grupos excluídos da sociedade. Dado o caráter desses direitos, que exigem uma atuação do Estado na prestação de prestações de natureza econômica e social, surge uma série de disputas ideológicas, clamores de justiça social, questionamentos sobre o papel do Estado e conflitos em prol do reconhecimento de demandas de cunho político.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira reconhece os direitos sociais como direitos fundamentais²², tendo-os acolhido em seu texto, conforme visto acima. O que isso significa e quais as consequências dessa opção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os deveres jurídicos daí resultantes e o impacto na vida dos cidadãos é o que será discutido.

Devido às sensibilidades políticas, é importante frisar que, a despeito da discussão política que o tema suscita, a presente discussão se centra principalmente nos aspectos jurídicos envolvidos na questão dos direitos de matéria social. Não se pretende aqui uma neutralidade em relação aos conflitos de ordem política

²² Reprodução de um trecho do preâmbulo da Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais**” (grifos nossos). A despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o preâmbulo da Constituição não possui efeito vinculante, nele tem-se de forma indubitável o compromisso do legislador constituinte e a enunciação dos valores que devem nortear as atividades do Estado, sob pena de ilegitimidade e invalidade.

contemporâneos, tampouco minimizar o impacto de tais conflitos na realização dos direitos fundamentais, mais notadamente dos direitos sociais. O que se pretende ao priorizar os aspectos jurídicos neste trabalho é garantir que a reflexão sobre o alcance e a efetividade desses direitos não seja frustrada por uma discussão sem consensos possíveis, incapaz de produzir quaisquer resultados práticos no que tange à resolução dos problemas relacionados aos direitos sociais. Isso não significa, todavia, que a questão política pode ser totalmente desconsiderada.

O que se busca é encontrar mecanismos de melhoria da realização desses direitos, que sejam capazes de responder aos desafios postos pela corrupção, por meio dos instrumentos jurídicos à disposição dos agentes públicos, pensando novas formas de incrementar e ampliar tais instrumentos na prática através do programa de integridade, com um olhar hermenêutico consistente com os valores humanitários e a criação de procedimentos com vista a maximizar a eficácia dos direitos, superando as contendas oriundas de uma visão do direito pelo prisma da disputa política pela ampliação do rol de direitos.

Tratar dos direitos fundamentais na Constituição implica partir para uma análise dogmático-jurídica capaz de considerar os elementos postos no texto constitucional sob uma perspectiva não apenas semântica, mas também normativa (interpretativa), filosófica e social, permitindo o diálogo dos valores subjacentes aos direitos fundamentais com o fito de alcançar as intenções e os objetivos consagrados na Carta Magna.

Destarte, a Constituição busca, ao estabelecer os direitos sociais como fundamentais, promover, através do direito, meios para diminuir as desigualdades e realizar justiça social, assegurando condições mínimas de existência digna para seus cidadãos, especialmente aqueles mais vulneráveis. Essa vulnerabilidade diz respeito à posição do sujeito perante o Estado, mas também poderá decorrer de estruturas de poder econômico e social, daí que a observância dos direitos sociais implica agentes públicos e privados — e muitas vezes as prestações também serão devidas por ambos, poder estatal e agentes privados em vantagem econômica e social, como no caso de empresas, implicando deveres e responsabilidades ao lado da prestação de algum bem jurídico a indivíduos ou a uma comunidade.

A existência humana digna não é considerada apenas em relação aos meios de sobrevivência orgânica do indivíduo, abarcando também a vida em suas dimensões não metabólicas, o que remete à vida digna, garantida por institutos como os direitos à educação, à moradia, à alimentação e à saúde, dentre outros.

Sobre o alcance do conceito de dignidade humana como princípio fundamental das garantias constitucionais, entende Sarlet que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²³

Em conformidade com a lição de Ingo Sarlet²⁴, todo e qualquer direito, positivado no Título II da Constituição Federal ou em outros dispositivos do texto constitucional, bem como aqueles oriundos dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, devem ser considerados direitos fundamentais.

Ao consagrar esses direitos sob a nomenclatura “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o legislador constituinte reconheceu a natureza jurídica da matéria social e atribuiu a ela, formal e materialmente, o status de fundamento da ordem jurídica, que deve instruir as ações dos poderes no sentido da realização do Estado Social de Direito. Ademais, como se não bastasse a inclusão desses direitos na arquitetura constitucional, compartilha-se o entendimento segundo o qual o legislador constituinte deu a estes o status de cláusulas pétreas²⁵ (art. 60, § 4º, inciso IV),

²³ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.60.

²⁴ SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: um contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

²⁵ Neste sentido, vale destacar a posição defendida por Ingo Sarlet: “No direito constitucional brasileiro, a despeito dos argumentos já colacionados, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, integrar as “cláusulas pétreas” da Constituição pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do artigo 5o. Além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a vedação da sua abolição, ele o teria feito, ou mencionando expressamente esta categoria de direitos no artigo 60, § 4o, inc. IV, ou referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais. Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira, diferentemente de outras ordens constitucionais, como é o caso da já referida

protegendo-os dos eventuais arbítrios do poder constituinte derivado/infraconstitucional, fazendo destes um limite material à reforma da Constituição.

Neste sentido, destacam-se alguns dispositivos constitucionais que autorizam uma interpretação do caráter fundamental desses direitos, a saber: a declaração no preâmbulo da Constituição, que expressa que a garantia dos direitos sociais e individuais, com a promoção da igualdade e da justiça, são valores e objetivos permanentes do Estado, fontes legitimadoras da organização política.; e a consagração da República brasileira como Estado Democrático e Social de Direito, que está inscrita no art. 1º, incisos I a III e no art.3º, incisos I, III e IV. Tal concepção do Estado brasileiro vinculada aos princípios do Estado Social, torna os direitos sociais elementos essenciais, inseparáveis do próprio conceito de Estado, seguindo a tendência internacional de que a dignidade humana e os direitos humanos devem ter status de direitos fundamentais e valores fundantes da ordem estatal, garantido assim a existência legítima deste.

Alargando ainda mais os limites hermenêuticos da Constituição no sentido de uma maior promoção e proteção da dignidade humana em suas múltiplas dimensões, sustenta Sarlet que:

(...) verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, § 4o, inc. IV, da nossa Lei

Constituição da República Portuguesa, não traça uma genérica e expressa diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais previstos no artigo 5o da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4o, inc. IV, de nossa lei Fundamental.” Op Cit., p. 16.

Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).²⁶

Desse modo, os direitos individuais e sociais não criam regimes diferenciados, ainda que esses direitos tenham objeto e finalidades distintas e a despeito da dicotomia entre “direitos negativos” e “direitos positivos”, devendo ser entendidos enquanto um conjunto de direitos a ser interpretado de forma sistemática e aplicado de maneira tal que os sentidos possíveis conduzam à coexistência harmônica entre eles. Essa é uma questão de suma relevância, inclusive porque afeta diretamente a efetividade desses direitos, e, portanto, deve ser debatida tendo em vista não apenas no que se refere ao regime jurídico-constitucional, mas principalmente no tocante à doutrina e às práticas jurisprudenciais.

2.3.1 Direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional

Os direitos fundamentais — e não apenas os direitos fundamentais em matéria social — implicam sempre um custo ao Poder Público, que deve aplicar recursos públicos para a proteção e efetivação desses. Assim, apesar do caráter prestacional evidente dos direitos sociais, a questão do custo está implicada em toda e qualquer discussão relacionada à concretização de direitos fundamentais²⁷, o que nos remete a problemas de natureza econômica, financeira e logística, de administração de recursos e alocação de prioridades para a atuação estatal. Certo que esse problema afeta mais diretamente a efetividade dos direitos fundamentais em matéria social, não apenas pela preponderância dessa natureza prestacional, mas também pelo volume de recursos materiais e humanos necessários para sua efetivação.

Nos direitos fundamentais de defesa (ou direitos de liberdade), essa questão dos custos existe, mas sua eficácia jurídica e sua possibilidade de efetivação pela via

²⁶ SARLET, Ingo. Op. cit, p. 18

²⁷ “De todo modo, seja pela doutrina germânica apresentada por Ingo Sarlet, ou pela construção didática de Ana Paula de Barcellos, é dado afirmar, com segurança, que todos os direitos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988, sejam eles individuais (art. 5º, *caput*) ou sociais (art. 6º), devem ser considerados, de algum modo, como obrigações do Estado para com a sociedade no cumprimento de prestações idôneas a salvaguardar a dignidade dos cidadãos brasileiros.” Cf. BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. In: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 2, n. 2: Curitiba, Jul./Dez. 2016, p. 7.

jurisdicional não depende de sua relevância econômica, diferentemente dos direitos sociais, cuja questão econômica concernente aos custos influi diretamente na sua eficácia e efetivação: a concretização desses direitos depende essencialmente da conjuntura econômica e da alocação de recursos materiais, financeiros e humanos oriundos, via de regra, de receita tributária e demais formas de arrecadação por parte do Estado, sem os quais o Poder Público não tem condições de satisfazer as prestações devidas. Os direitos sociais, portanto, dependem diretamente da capacidade financeira do Estado.

Destarte, os direitos fundamentais sociais, como os direitos fundamentais em geral, possuem uma dimensão prestacional (direitos positivos) e uma dimensão de defesa (direitos negativos). Via de regra, as normas que estipulam os direitos de defesa receberam do Constituinte a suficiente normatividade de antemão, e assim independem de concretização legislativa para produzirem seus efeitos. Desse modo, tais direitos são mais facilmente reconhecidos como de aplicabilidade imediata e eficácia plena. Os direitos sociais de natureza prestacional, por seu turno, dizem respeito a uma prestação fática a ser cumprida ou executada pelo Estado (ou por particulares destinatários da norma), com o escopo de promover a igualdade material e garantir uma distribuição pública dos bens materiais e imateriais necessários para a fruição das liberdades.

A igualdade material não é algo que pode ser oferecido. Ela deve ser criada, e isso exige a necessária atuação do Estado para que ela possa existir de fato. Quando se fala em igualdade dentro da discussão sobre direitos sociais, o que está em jogo não é um mero princípio, e sim uma consequência concreta de ações do Poder Público no sentido de sua construção e promoção, não podendo assim a igualdade material ser tratada como um simples objetivo de caráter abstrato.

Desse modo, os direitos sociais são um arcabouço legal que impõe deveres ao Estado no sentido realizar de fato a igualdade material. Aqui, o sujeito de direito não é detentor de uma qualidade inata, à qual a Constituição, ao reconhecer, compromete-se a ter apenas uma atitude de mero respeito: a igualdade material não é inerente às pessoas nem preexiste ao Estado, ela decorre de uma série de prestações estatais de caráter positivo, realizadas para minimizar as diferenças das condições de vida entre seus cidadãos e assim criar uma sociedade orientada por valores de justiça social,

solidariedade e dignidade humana. Se nos direitos de liberdade basta que o cidadão exerça as próprias faculdades jurídicas, nos direitos prestacionais é imprescindível a prática de atos públicos, pois o conteúdo do direito à igualdade consistirá sempre num *facere* ou num *dare*.

Os direitos sociais afetam diretamente a vida do indivíduo, pois referem-se à possibilidade de desenvolvimento de suas potencialidades, através de promoção de melhores condições de vida que, em última instância, terminam por ampliar o próprio sentido da liberdade.

Hannah Arendt oferece chaves para compreensão dessa relação direta entre as condições materiais de vida e a liberdade, ao tratar, em “*A condição humana*”, das esferas privada e pública e da relação entre necessidades e liberdade. Segundo essa filósofa, aquele que vive restrito ao mundo das necessidades, consumido eternamente pela sua sobrevivência e subsistência, vive privado de sua liberdade, na medida em que não lhe são dadas as condições para que ele possa acessar a esfera pública. Seus eventuais direitos não são efetivos, pois, preso ao mundo das necessidades, o indivíduo não pode realizar escolhas, nem ser tratado como um igual. O espaço da política, para Arendt, é o espaço dos livres e iguais e somente pode ser acessado por aqueles que, tendo se libertado da preocupação com suas necessidades, podem se dedicar à vida pública, à política e às escolhas que determinam o exercício da liberdade em seu real sentido.

O homem preso às necessidades vive condição semelhante à de um escravo. E isso não diz respeito a uma simples conjectura teórica, mas a uma constatação de ordem factual. Sem as condições mínimas de existência garantidas, o indivíduo não possui, em última instância, qualquer liberdade real. É o que ela chama de *animal laborans*, o homem em sua existência pré-política, que vive apenas para sua subsistência, por isso mesmo, está preso a relações de dominação que se instituem no plano econômico.²⁸

Um exemplo do que Arendt defende é a condição de precariedade que hoje acomete tantos trabalhadores. Obrigados pelas necessidades, os sujeitos se submetem a condições laborais precárias, baixa remuneração e ausência de direitos trabalhistas.

²⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação de Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, Cap. 2 e 3.

Podemos dizer que esses indivíduos, aos quais é negada qualquer proteção jurídica ou direitos, são, de fato, livres?

Consoante a lição de Jorge Miranda²⁹, os direitos sociais são direitos de libertação das necessidades (tal qual nas reflexões arendtianas) e de promoção de condições de vida, cujo propósito é a organização da solidariedade. Ao promover a igualdade material, o Poder Público está promovendo, em última instância, cidadania, ao garantir as condições necessárias para uma vida digna e, com isso, dotar os sujeitos de poder de escolha. Pode-se dizer assim que as prestações decorrentes da efetivação dos direitos sociais são empoderadoras e que a fruição dos direitos sociais são uma condição para exercer outros direitos salvaguardados em nossa Constituição e em nossas leis. Destarte, além de sua dimensão prestacional evidente, percebe-se que a fruição dos direitos sociais está diretamente ligada ao exercício das liberdades e à concretização de outros direitos fundamentais.

Os direitos sociais visam, portanto, a melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes e a promoção de bens materiais considerados essenciais para todos aqueles que deles necessitem, recorrendo a critérios constitucionais estabelecidos para garantir a máxima efetividade possível a despeito da escassez de recursos do Estado. Se um determinado direito social não é prestado regularmente pela Administração Pública, o sujeito lesado pode recorrer ao Poder Judiciário para obter a fruição do direito. Tais demandas representam um desafio ao Judiciário, pois exige dos operadores do direito uma reflexão sistemática e econômica, que vai além da mero cotejamento e interpretação das normas jurídicas.

Nesse sentido é a lição de Joseane Ledebum Gloeckener³⁰:

Todos os direitos fundamentais implicam em algum custo, não se limitando apenas aos direitos de cunho social prestacional. Porém, aqueles direitos que não implicam em uma prestação por parte do Estado possuem neutralidade econômica e, portanto, sua efetivação não depende de dispêndio de dinheiro público, ao menos não de forma direta. Porém, em se tratando dos direitos sociais a prestações, sua efetivação depende da alocação direta de recursos financeiros.

Ocorre que quando o Estado deixa de fornecer ou prestar aquilo que lhe cabe, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para a realização de seus direitos prestacionais. Com isso, e em virtude da reduzida capacidade econômico-financeira do ente público, a doutrina e a jurisprudência buscaram estabelecer

²⁹ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 26.

³⁰ GLOECKENER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013

critérios que pudessem limitar a prestação pública desses direitos. Ao conjunto desses critérios denominou-se reserva do possível.

A dimensão econômica dos direitos sociais é diretamente ligada, portanto, ao seu caráter prestacional e determina um cálculo que comporta muitas variáveis: desde financeiras até logísticas e, como não poderia deixar de ser, jurídicas. Para realizar seu papel de promotor da igualdade social, o Estado deve investir não apenas em políticas públicas, mas em meios para a fruição concreta dos direitos. A ausência ou escassez de recursos não é argumento suficiente para não implementar políticas para efetivação dos direitos fundamentais, devendo ser comprovada, não simplesmente alegada, vez que implica descumprimento de deveres inscritos nas normas constitucionais.

2.3.2 Da concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais

Um dos problemas mais comumente apresentados na discussão sobre a eficácia dos direitos sociais no Brasil refere-se à reserva do possível e à existência real de recursos e de meios para atender às demandas e cumprir as obrigações devidas. A capacidade do Estado, como sabemos, é limitada, não havendo recursos suficientes para investir no atendimento das demandas sociais, o que determina um limite factual à efetivação dos direitos sociais³¹.

Além do problema da disponibilidade material real dos recursos, existe ainda o problema da possibilidade jurídica de disposição, relativa à capacidade jurídica de o Estado para dispor dos recursos. Assim, o problema da reserva do possível possui duas dimensões: a material, de fato, que se refere à existência dos recursos, e a jurídica, de direito, relativa às competências exigidas para uso e aplicação dos recursos por parte do Poder Público, localizada no âmbito discricionário das decisões governamentais e parlamentares sobre a receita tributária, determinadas e consolidadas no orçamento público.

³¹ “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente”. (STF - ARE: 685230 MS, Relator: Min. Celso de Mello. 05/03/2013.)

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (o Tribunal Constitucional Federal alemão), em demanda sobre acesso ao ensino superior, que ficou conhecida como *Numerus Clausus*³². O caso paradigmático³³ consagrou o entendimento de que a prestação estatal deve ser determinada em vista de uma medida de razoabilidade, devendo corresponder ao que um indivíduo pode razoavelmente demandar da sociedade. Tal critério é válido mesmo nos casos em que o Estado, em tese, possua recursos suficientes e tenha o poder de disposição destes, devendo assim a prestação observar os limites do razoável. Tais aspectos devem ser sopesados com outros princípios constitucionais, em vista do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, aplicável também aos direitos sociais.

A reserva do possível não pode servir de escusa para a não efetividade dos direitos, legitimando, a pretexto da escassez, o não cumprimento da prestação devida, pois ela não pode ser considerada um limite imanente dos direitos fundamentais. Trata-se de um limite fático e jurídico, mas também pode ser um meio de salvaguardar o núcleo essencial de outros direitos fundamentais pela observância dos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e do mínimo existencial.

O princípio do mínimo existencial integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais e tem por finalidade garantir que as prestações inscritas nesses direitos sejam efetivadas, dentro dos limites da razoabilidade e da eficácia da prestação. Refere-se assim àquilo que é possível para realizar o princípio da vida digna, evitando que as alegações sobre escassez de recursos e reserva do possível sejam usadas indiscriminadamente com o propósito de boicotar a realização das prestações devidas em sede de direitos fundamentais. É, assim, o direito que visa a salvaguarda de condições mínimas e indispensáveis de existência, representando o parâmetro

³² BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. In: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 2, n. 2: Curitiba, Jul./Dez. 2016, pp.1-20. Neste sentido, ver também: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³³ O caso submetido ao *Bundesverfassungsgericht* foi uma ação proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas faculdades de Medicina de Hamburgo e Munique, por força do limite do número de vagas disponíveis em cursos superiores (regra em vigor na Alemanha desde 1960). Como fundamento legal, os requerentes recorreram ao artigo 12 da Constituição Federal alemã, que garantia a livre escolha de ofício, trabalho ou profissão.

mínimo para a efetivação de direitos fundamentais por parte do Estado. Canotilho define o mínimo existencial como sendo:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.³⁴

O princípio do mínimo existencial não está positivado no Texto Constitucional brasileiro, mas sua aplicabilidade no ordenamento constitucional nacional é decorrente da interpretação de dois princípios constitucionais fundamentais: o princípio da dignidade humana e o direito à vida. É importante ressaltar ainda que o conceito de mínimo existencial se desdobra em dois aspectos, a saber: a) o mínimo existencial fisiológico, que corresponde às necessidades existenciais básicas, e b) o mínimo existencial sociocultural, cujo escopo é promover a inserção social dos indivíduos através da promoção de uma maior igualdade e dos valores inerentes ao próprio conceito de Estado Social.³⁵

Sobre a possibilidade de conciliação entre a reserva do possível — seja ela pela ausência de recursos (reserva do possível material ou absoluta) ou decorrente do emprego dos recursos existentes em outras necessidades (reserva do possível jurídica ou relativa) — com o princípio do mínimo existencial, Saulo Casali Bahia e Diogo Barbosa e Silva sugerem que a coexistência harmônica de ambos deverá ser promovida por meio da consideração do problema da eficácia e da efetivação dos direitos fundamentais em face do seu conteúdo essencial, evitando assim seu esvaziamento, em contraste com a garantia de caráter procedimental ou racional, que promova o cumprimento das prestações devidas pelo Estado a partir de uma visão econômica equilibrada.³⁶ Desse modo, a questão passa pela determinação do que se

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 203.

³⁵ Cf. SARLET, Ingo. *et. alli. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22

³⁶ “Frise-se novamente que, estas opções não podem ser balanceadas apenas através do parâmetro de eficiência financeira, mas, além de considerar uma razoável disposição de recursos, devem estar vinculadas um exame de proporcionalidade que garanta o respeito à dignidade da pessoa humana.” Cf. BAHIA, Saulo José Casali. SILVA, Diogo Barbosa e. Op. cit, p. 11.

entende por “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais e “visão econômica equilibrada”, em primeiro lugar.

No que tange ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, as teorias absolutas — que sustentam a existência de um núcleo intocável — não oferecem uma resposta satisfatória para o problema decorrentes do conflito entre duas normas ou dois princípios em face de casos concretos. No caso de um conflito entre princípios, a questão é ainda mais complexa, pois os meios de solução da contradição não implicam exclusão de um princípio em favor de outro, havendo, em verdade, uma prevalência casual diante do caso concreto a ser resolvido. Sendo assim,

o mínimo existencial visto como a proteção nuclear de um direito fundamental não poderá guardar uma concepção estanque frente a própria natureza principiológica do direito que pretende salvaguardar, sob pena de se criar um verdadeiro paradoxo por ocasião do enfrentamento de dois ou mais princípios em qualquer contexto fático.³⁷

Já em relação à “visão econômica equilibrada”, tem-se uma questão que remete necessariamente à interdisciplinaridade no âmbito jurídico, em que os dispositivos normativos não são vistos apenas como reguladores e disciplinadores das condutas dos sujeitos, mas também como variáveis capazes de influenciar no controle econômico, uma vez que afetam o agir dos indivíduos, tal qual fazem as próprias leis do mercado.

Destarte, os aspectos econômicos entram no jogo das variáveis que devem ser consideradas no momento da ponderação das decisões judiciais que versem sobre o problema do mínimo existencial diante dos limites da reserva do possível, trazendo o problema dos custos envolvidos na realização dos direitos sociais, como se pode chegar a uma máxima eficiência na aplicação destes para promover uma maior efetividade dos direitos fundamentais, a máxima eficácia constitucional por meio de uma gestão equilibrada dos recursos públicos.

Se é certo que a reserva do possível não pode jamais significar um impeditivo absoluto à efetividade dos direitos fundamentais, igualmente é certo que as questões referentes aos limites de recursos, dotação orçamentária e conflitos entre princípios constitucionais diante de casos concretos são desafios que exigem do Estado

³⁷ BAHIA, Saulo José Casali. SILVA, Diogo Barbosa e. Op. cit, p.12

(Administrador ou Judiciário) produzem ferramentas para a prestação do quanto previsto nos direitos fundamentais.

A orientação da jurisprudência brasileira é no sentido de preservar ao máximo a efetividade do princípio do mínimo existencial, entendendo que, em sede de direitos fundamentais sociais, é preciso salvaguardar a concretização eficaz desses direitos, não condicionando o argumento da reserva do possível apenas à avaliação discricionária da Administração Pública, sendo mandatória a comprovação de ausência de recursos. Nesse sentido, é o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, em face da análise e julgamento de uma situação concreta envolvendo direito fundamental em matéria social:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – IMPOSIÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. 2. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município – artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente – artigo 54, inciso IV. 3. Publique-se. (STF, Decisão Monocrática, RE no 356.479-0, Rel. Min. Marco Aurélio. J. em 30/04/04, DJU em 24/05/04)

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ- ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré- escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.
- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.
- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”.³⁸

A postura jurisprudencial tem por finalidade impedir que o Estado se exima da efetivação dos direitos sociais, furtando-se às obrigações devidas por meio da alegação da ausência ou insuficiência de recursos com o propósito de justificar sua inércia ou eventuais abusos estatais que frustrem a promoção de condições existenciais mínimas em face da garantia de uma vida digna. Reforçando esse entendimento, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45³⁹, o Min. Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a

³⁸ STF - RE 436996/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/11/2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786430/recurso-extraordinario-re-436996-sp-stf> Acesso em: 08.02.2022 às 18:00

³⁹ ADPF 45. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>

finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

É em face dessa problemática que um aspecto se coloca no horizonte da investigação proposta neste trabalho: quais as consequências da corrupção para a efetividade dos direitos fundamentais? Em que medida a corrupção acaba sendo um entrave ao exercício e fruição de direitos fundamentais por parte dos brasileiros, drenando recursos públicos desde sempre escassos e insuficientes diante da situação social e econômica da população, num país de dimensões continentais e marcado pela desigualdade e injustiça social, com uma enorme parcela de seu povo vivendo em condições precárias, a despeito de tudo aquilo que a Constituição lhes garante?

Para encontrar respostas a esses questionamentos, é necessária uma análise do que é corrupção, suas consequências políticas, jurídicas e econômicas, para então determinar se e como ela afeta a efetividade dos direitos.

3. CORRUPÇÃO

Arqueólogos revelaram registros de subornos e leis contra o suborno desde os tempos antigos. Recentemente foi encontrado um arquivo Assírio de 3400 anos que listava os nomes de funcionários que aceitaram subornos. Ainda no Egito antigo, um Faraó egípcio, Horemheb (1342-1314 AC), emitiu a primeira lei registrada de uma pena secular para suborno. O Édito de Horemheb proclamou que qualquer juiz que recebesse uma recompensa de um litigante e falhasse ouvir o adversário seria culpado de “crime contra a justiça” e sujeito à pena capital.⁴⁰

Destruir fundamentos, quebrar em peças, apodrecido ou em decomposição são algumas das acepções da palavra corrupção, vocábulo que tem origem no termo latim *corruptionis*⁴¹. Esta concepção tem origem nos antigos filósofos gregos, dentre eles Aristóteles, e advém da observação da natureza, associada à ideia de processo natural ou de degeneração pelas quais todos os seres vivos passariam até chegar à morte.⁴²

Seguindo o pensamento aristotélico, a definição da palavra corrupção estaria centrada na violação da virtude, ou seja:

toda aquela disposição moral destinada a controlar as paixões humanas, as quais fazem parte de um quadro natural que tende à corrupção. Como disposição moral, a virtude é um estado de caráter devido ao qual os homens se encontram bem ou mal dispostos em relação às paixões, não sendo entendida, entretanto, como capacidade, uma vez que as paixões fazem parte da natureza humana, não tornando o homem capaz de detê-la. Isso leva Aristóteles colocar o problema da corrupção na política um problema ético.⁴³

Embora existam muitos avanços e pesquisas sobre o fenômeno da corrupção, notadamente nos últimos 50 anos, ainda hoje a idéia aristotélica sobre o tema permeia muitas das abordagens e estudos. Neste sentido, talvez, a mais celebre, seja a

⁴⁰ FERGUSON, Gerry. **Global corruption: law, theory & practice**. 3º ed. Victoria: University of Victoria, 2018. p. 74. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1828/9253>

⁴¹ Em sentido semelhante, Luiz Fernando Veríssimo explicou que corrupção “vem do latim *rumpere*, ou romper, quebrar”. Acrescentando que *corrumpere* significa “quebrar completamente, inclusive moralmente”, tendo como resultado lógico que “quem foi corrompido não tem conserto”. VERÍSSIMO, Luiz Fernando. **Etimológicos**. O Estado de São Paulo: Caderno 2, p. C10, 30 de abril de 2015.

⁴² HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.11.

⁴³ FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008, p. 34

comparação entre corrupção e degeneração de Inge Amundsen, que inicia seu festejado artigo ‘Political Corruption: An Introduction to the Issues’ pregando que “Corruption is a disease, a cancer that eats into the cultural, political and economic fabric of society, and destroys the functioning of vital organs”.⁴⁴

No entanto, o problema da corrupção não está associado unicamente a uma questão ética, não podendo ser tratado somente como um desvirtuamento moral, muito embora sempre esteja umbilicalmente relacionado a um comportamento antiético ou violador da integridade.⁴⁵

A corrupção é um fenômeno multifacetado e seu conceito abarca muitas conotações⁴⁶, além de ubíquo na história da humanidade, sendo relatada desde os tempos ancestrais até os dias de hoje em todas as sociedades e civilizações⁴⁷.

Por se tratar assim de um complexo fenômeno global e multidimensional, acaba por ser objeto de pesquisa e estudos de diversas ciências, dentre elas, a sociologia, a filosofia, a economia, o direito e as ciências políticas. Cada uma destas ciências contribui para uma análise mais ampla da corrupção, destacando faces distintas de um mesmo problema e análises plúrimas das mazelas advindas da corrupção, demarcando, via de regra, os impactos da corrupção sobre o Estado e seu sistema de governo; sobre a economia e o mercado; sobre o sistema jurídico e consequentes violações aos direitos fundamentais; e, mais recentemente, sobre o meio-ambiente.

3.1 CONCEITUANDO A CORRUPÇÃO: DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

Toda esta multiplicidade de análises sobre o fenômeno da corrupção acaba por dificultar a construção de um conceito universal sobre o tema. Neste sentido, Fernanda Schramm constatou que “ao iniciar um trabalho que pretende tratar do

⁴⁴ AMUNDSEN, Inge. **Political corruption: An introduction to the issues**. Bergen, Norway: Chr. Michelsen Institute, 1999, p.1. Tradução livre: A corrupção é uma doença, um câncer que consome o tecido cultural, político e econômico da sociedade, e destrói o funcionamento de órgãos vitais.

⁴⁵ Glicério de Oliveira Filho, J. & Bárbara Carneiro Föppel El Hireche, R. (2021). **Combate à corrupção nas contratações públicas como política pública**. In: Revista Científica Do CPJM, 1(02), 188–205.

⁴⁶ AMUNDSEN. Op. cit. p.1.

⁴⁷ ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de.e GICO JR., Ivo. **Corrupção e judiciário – a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. In: BOTTINO, Thiago e MALAN, Diogo (coord.). Direito penal e economia. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 59.

fenômeno da corrupção, o pesquisador depara-se de antemão com um primeiro obstáculo: a inexistência de definição ou de uma teoria capaz de conceituar o termo de forma definitiva”.⁴⁸

Marcelo Zenkner revelou a dificuldade em se estabelecer uma definição para corrupção, esclarecendo que “diversos autores afirmam que definir corrupção é quase um trabalho de Sísifo, já que o fenômeno ultrapassa dimensão jurídica e alcança também o âmbito da sociologia, da política e das relações transnacionais”⁴⁹. O mesmo autor ainda esclarece que:

todas estas dificuldades na conceituação de corrupção, na identificação de uma pessoa corrupta e descrição de um comportamento corrupto impedem uma elaboração teórica mais profunda, fazem com que a corrupção seja um fenômeno difícil de ser definido e, via de consequência, oferecem um guia problemático na projeção de políticas que promovam a integridade no âmbito governamental e empresarial”.⁵⁰

O fenômeno da corrupção está intrinsecamente ligado à atividade legiferante visando a tipificação e sanção de condutas consideradas corruptas, bem como através da criação de sistemas preventivos e de controle de tais práticas, a exemplo do programa de integridade.

Dentro desta análise, a corrupção também é um fenômeno político e atinge o desempenho dos governos e o Estado Democrático de Direito. Por isto, afirma-se que a corrupção é tão antiga quanto à existência dos sistemas políticos e seus relatos, bem como o seu controle jurídico, notadamente penal, datam dos primórdios da civilização⁵¹.

É de clareza solar que para o combate à corrupção é necessário que a ‘virtude balizadora do comportamento humano’ esteja prevista em normas e, sob esta ótica, a corrupção é tradicionalmente vinculada ao exercício de alguma função pública ou conduta contrária à administração pública.

⁴⁸ SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.22.

⁴⁹ ZENKNER, Marcelo. **Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 71.

⁵⁰ Ibidem. p. 79.

⁵¹ HAYASHI. Op. cit. p.13.

Alinhado a este entendimento, Norberto Bobbio, ao conceituar a corrupção, somente a analisa sob o prisma da legalidade:

Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual. (...) A Corrupção é considerada em termos de legalidade e ilegalidade e não de moralidade e imoralidade; tem de levar em conta as diferenças que existem entre práticas sociais e normas legais e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revela no setor privado e no setor público.⁵²

À luz do conceito esposado por Bobbio, a corrupção está ligada à ideia de venalidade na atuação da função pública, sendo uma extrapolação intencional de um poder confiado a algum agente público que deseja obter indevidamente vantagem ou praticar locupletamento ilícito. Trata-se do exercício injustificado da função pública ou do poder conferido, podendo ser revelada, inclusive, através de uma negligência dolosa de um dever legal, englobando, até mesmo, favores indevidos em troca de recompensas.

Esta troca ou recebimento de 'recompensa' como elemento do tipo atrelado ao conceito de corrupção de Bobbio, não está necessariamente ligado ao recebimento de valores financeiros ou pecuniários. A vantagem indevida (elemento normativo do tipo) pode se materializar através de ganhos de natureza política, social ou até mesmo sexual.

Note-se que este conceito é muito mais amplo do que o conteúdo trazido nos artigos 317⁵³ e 333⁵⁴ do Código Penal Brasileiro. A clássica definição de Nye segue a mesma orientação ao estabelecer que corrupção é "behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence"⁵⁵.

⁵² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1, p. 291-292.

⁵³ Tipifica no direito penal brasileiro a corrupção passiva.

⁵⁴ Tipifica no direito penal brasileiro a corrupção ativa.

⁵⁵ NYE, Joseph S. **Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis**. In: *The American Political Science Review*, Vol. 61, No. 2. Washington: American Political Science Association, 1967, p. 419. Tradução livre: "comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública por causa de interesses privados de relação (pessoal, família, grupo privado) pecuniária ou ganhos de status; ou viola regras sob influência privada."

Mais recentemente e declaradamente influenciada pela definição de Nye, Fernanda Schramm conceituou a corrupção como sendo “o abuso ou desvirtuamento voluntário da responsabilidade assumida em decorrência do exercício de um cargo ou função pública, tendo por objetivo a realização de interesses privados – próprios ou de terceiros”.⁵⁶

Analisando os conceitos de Bobbio e Nye, percebe-se como ponto convergente, ou seja, como característica comum, o abuso intencional do exercício do cargo, do ofício ou da função pública por parte de um funcionário público para benefícios ou ganhos privados, pecuniários ou não, às custas do resto da sociedade. Resumidamente, é a obtenção de vantagem ilícita por parte do funcionário público.

No entanto, após uma moderna evolução de entendimento dos conceitos apresentados neste trabalho, a corrupção vem sendo entendida como “o mal uso de um cargo para benefício pessoal. O cargo é uma posição de confiança, em que alguém recebe autoridade para agir em nome de uma instituição, seja ela privada, pública ou sem fins lucrativos”.⁵⁷

Corroborando o entendimento de Klitgaard, a Transparência Internacional⁵⁸ definiu a corrupção como “the abuse of an entrusted power for private gain”⁵⁹, sendo esta considerada “talvez a definição mais amplamente citada de corrupção pela doutrina”⁶⁰. Inclusive, Rose-Ackerman e Palifka desenvolvem a construção da famosa obra “Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform”⁶¹ no conceito da Transparência Internacional.

⁵⁶ SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas contratações públicas: Atualizado conforme a nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) e a ISO 37301:2021*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.20.

⁵⁷ KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H.Lindsey. **Corrupt Cities. A Practical Guide to Cure and Prevention**. Washington: World Bank Publications, 2000, p. 2. Tradução livre.

⁵⁸ A Transparência Internacional (TI) é uma organização não-governamental internacional que luta por um mundo no qual governos, empresas e a sociedade civil sejam livres da corrupção. Foi fundada em março de 1993 e, com mais de 20 anos de luta contra a corrupção e presença em mais de 100 países, a TI acumulou um vasto conhecimento sobre a corrupção e suas soluções. A TI trabalha em conjunto com governos, empresas e cidadãos para acabar com o abuso de poder, o suborno e negociações secretas. Ela desenvolveu um amplo portfólio de publicações, bancos de dados, índices, metodologias, métodos de treinamento e até mesmo um centro de atendimento para ativistas e profissionais de áreas que podem influenciar no combate à corrupção. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/o-que-fazemos/centro-de-conhecimento-anticorrupcao>.

⁵⁹ In: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>. Tradução livre: “o abuso de um poder confiado para benefício privado”.

⁶⁰ ZENKNER. Op. cit. p. 74.

⁶¹ Rose-Ackerman, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Ao trabalhar o

Hodiernamente, a corrupção não está necessariamente atrelada ao abuso da função por parte de um funcionário público. Houve, dessa forma, a ampliação do alcance do que é reconhecido como corrupção na atualidade, a corrupção pública passou a ser uma das espécies do gênero 'corrupção'. Importante ressaltar, contudo, que muito embora os conceitos não sejam universalmente uníssonos, existe ao menos um elemento comum em todas as definições apresentadas nesta obra: a corrupção é um ato intencional fundamentado na vontade consciente de violar, a depender da perspectiva, deveres éticos e morais ou normas legais.

Para fins do presente trabalho, em que se busca fundamentar o aumento da eficiência do Estado na entrega dos Direitos Fundamentais prestacionais através da implementação do programa de integridade nos órgãos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional – considerando que um dos principais controles trazidos pela implementação do programa de integridade é exatamente o combate à atos contra a Administração Pública – o conceito de corrupção que será utilizado está adestrado aos que contemplam a presença de um agente público que age buscando vantagem ilícita.

Dessa forma, a corrupção que será considerada no presente estudo é exclusivamente a espécie 'corrupção pública', sendo esta entendida como a conduta de um funcionário público que em razão de sua função recebe, para si ou para outrem, vantagem indevida de qualquer natureza, seja de uma pessoa jurídica ou de uma pessoa natural, ou aceita a promessa de tal vantagem, como resultado de uma relação espúria.

conceito de corrupção, Rose-Ackerman e Palifka explicaram que a corrupção tem muitas conotações e interpretações, podendo variar de acordo com o tempo, lugar e disciplina. Em sequência, forneceram uma lista exemplificativa de condutas corruptivas, sendo elas: suborno, extorsão, troca de favores, nepotismo, clientelismo, fraude judicial, fraude contábil, fraude eleitoral, fraude no serviço público, peculato, cleptocracia, advocacia administrativa, conflito de interesse. *Ibidem*, p. 8-9.

3.2 INICIATIVAS INTERNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO QUE INFLUENCIARAM NO CONTEÚDO DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Até o início da década de 1970, a corrupção era pensada como uma forma de óleo lubrificante do engate econômico⁶² ou como estratégia comercial das empresas, ainda que considerada como um mal, no entanto, necessário. Dessa forma, os subornos entregues aos funcionários públicos era uma situação comum e aceitável. Alguns Países da Europa permitiam que as empresas abatessem a propina paga à funcionários públicos de seus impostos sob a rubrica de ‘despesas necessárias’ para os seus negócios⁶³.

Esse pensamento, no entanto, após a revelação de grandes escândalos financeiros relacionados com empresas multinacionais e também pelo entendimento estadunidense de que a corrupção desvirtua a concorrência e viola as leis de mercado, atingindo frontalmente o sistema capitalista, foi alterado. Dessa forma, notadamente nas últimas quatro décadas, o combate à corrupção surgiu como um paradigma que impõe reformas políticas e administrativas, necessitando, para tanto, de boas práticas de governança pública, nos órgãos públicos, e corporativa, nas estatais e empresas privadas.

Neste ensejo, diversas convenções e tratados internacionais trouxeram regras de combate à corrupção e melhoria da governança, até como forma de conter a corrupção organizada transnacional, para além da inserção de leis que buscam o combate da corrupção pelo ordenamento jurídico de inúmeros países.

Tendo em vista o presente estudo, serão analisados os contornos gerais dos principais diplomas internacionais que influenciaram o conteúdo da Lei Anticorrupção Brasileira, a saber: o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros

⁶² Nathaniel Leff e Samuel Huntington sustentavam que os benefícios da corrupção podiam ser maiores que os custos dela. Huntington explicou que a corrupção era utilizada como forma de se combater a burocracia pública. Huntington, S. P. **Political Order In Changing Societies**. New Haven: Yale University Press, 1968.

⁶³ PAGOTTO, Leopoldo. **Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil**. In: DEL DEBBIO, Alessandra, MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). **Temas Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 27.

em Transações Comerciais Internacionais da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

3.2.1 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): história e requisitos antissuborno

O FCPA, assim como muitas outras leis, foi resultado de uma resposta legislativa do Congresso Americano a um caso concreto⁶⁴, o mundialmente conhecido “escândalo de *Watergate*⁶⁵”, que culminou com a renúncia do então Presidente Richard Nixon em 1974.

O *Watergate* decorreu de descobertas do início da década de 1970 que acabam por revelar o uso de fundos corporativos para contribuições eleitorais e patrocínio de campanhas políticas ilegais. Foram revelados que registros financeiros de empresas eram falsificados para disfarçar ou omitir as referidas práticas ilegais e criminosas. Também foi descoberto a existência “caixa dois” para desembolsos – ao arrepio do regime financeiro normal – que eram utilizados para diversos fins, dentre eles, pagamento de corrupção a funcionários públicos estrangeiros, existindo casos de contas bancárias offshore ou empresas de fachada criadas apenas para financiar subornos.

As revelações causaram forte impacto nos investidores e grande preocupação na SEC. À título ilustrativo, tem o famoso caso da Lockheed Corporation, que pagou cerca de US \$ 1,8 milhão em propinas ao primeiro-ministro do Japão, Kakuei Tanaka, para obter um contrato de venda de aeronaves⁶⁶.

O relatório da SEC sobre pagamentos corporativos revela que a Lockheed realizou pagamentos secretos de pelo menos 25 milhões de dólares (muitas vezes em

⁶⁴ “Fenômeno mais comum no exercício do poder punitivo, que é a produção de emergências” *In*: ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., 2011, p. 68.

⁶⁵ Um dos maiores escândalos políticos do século passado, o *Watergate* “tornou-se paradigmático na história do combate à corrupção e criou as bases para elaboração do Foreign Corrupt Practice Act (FCPA), legislação norte-americana destinada a combater atos de corrupção perpetrados por empresas nacionais no exterior”. *In*: SCHRAMM, 2021. Op. cit. p.76.

⁶⁶ MILLER, Judith. **Lockheed Culpado em pagamentos**. *The New York Times*, 2 de junho de 1979. *In*: <https://www.nytimes.com/1979/06/02/archives/lockheed-guilty-on-payments-says-it-concealed-26-million-in-gifts.html> .

dinheiro) a funcionários públicos estrangeiros visando a obtenção e manutenção de contratos com clientes governamentais de outros países, bem como na expedição de autorizações necessárias para executar contratos. Para acobertar o esquema criminoso, estes pagamentos eram disfarçados em livros e registros secretos da Lockheed, além de realizarem lançamentos contábeis falsos para maquiar tais pagamentos e saques em dinheiro destinados ao suborno de funcionários públicos estrangeiros. Restou ainda demonstrado que ao menos 750 mil dólares não foram gastos para a finalidade indicada nos livros e registros da Lockheed, sendo estes depositados em uma conta secreta de um banco suíço⁶⁷.

O caso da Lockheed não foi um fato isolado, pois muitas empresas multinacionais e americanas, que negociavam suas ações em Bolsas dos Estados Unidos, confessaram ter pagado propina a funcionários públicos, políticos e partidos políticos estrangeiros. Isso ficou claramente evidenciado após a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos criar um programa de anistia que dava às empresas a oportunidade de relatar voluntariamente os pagamentos que foram feitos à título de suborno e propina no exterior. O resultado deste programa revelou que mais de 400 empresas norte-americanas, incluindo 117 da Fortune 500, admitiram ter feito pagamentos ilegais à autoridades públicas estrangeiras em valores que ultrapassavam a cifra de 300 milhões de dólares.⁶⁸

A falta de ética nas conduções das corporações americanas preocupou severamente os Congressistas da época⁶⁹ e os Senadores seguiram por considerar que o pagamento de propina é prejudicial para o mercado e corrói a livre concorrência, premiando não por merecimento o melhor, mas os que estavam dispostos a pagar suborno.⁷⁰

As implicações das práticas corruptivas na política externa dos Estados Unidos foram profundamente debatidas, tais como a corrupção de regimes democráticos com a consequente subversão dos governos legítimos. Foi ressaltado ainda a mácula – e

⁶⁷ UNITED STATES SENATE, 1976,. Op. cit. B-23; UNITED STATES. **House of Representatives Report nº. 95-640**. 1977, p. 2. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf> .

⁶⁸ FERGUSON. Op. cit.,p. 79. Vide ainda: SCHRAMM, 2021. Op. cit., p.77; Vide UNITED STATES SENATE, 1976. Op. cit. B-23.

⁶⁹ Vide: UNITED STATES SENATE. **Senate Report nº 94-1031**. 1975-1976. Disponível em: [S.Rept 94-1031 | Congress.gov | Library of Congress](https://www.congress.gov/114/records/94-1031) ”

⁷⁰ Vide: H.R. R EP. Op.cit, at. 4-5 (1977).

até mesmo a ridicularização⁷¹ – na imagem das empresas americanas no mercado internacional e a grave crise na Política Externa dos Estados Unidos.

Com estas revelações o Congresso americano constatou que existia uma brecha no sistema normativo dos Estados Unidos que não vedava diretamente pagamentos de propina a governos estrangeiros e seus representantes. As leis existentes que tangenciavam este tipo de corrupção eram deficientes.⁷²

Em decorrência das constatações acima relatadas e visando “restore public confidence in the integrity of the American business system”⁷³, o Congresso aprovou o FCPA que, em linhas gerais, trouxe dois grandes eixos: Dispositivos antissubornos de natureza penal que seriam da competência do Departamento de Justiça (DOJ) e dispositivos contáveis de natureza civil que seriam fiscalizados pela SEC.

Quanto aos requisitos antissuborno do FCPA, o foco é combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros. As disposições antissuborno proíbem oferecer, prometer, autorizar pagamento ou realizar pagamento, em dinheiro ou qualquer coisa de valor, a um funcionário público estrangeiro com a intenção ou desejo de influenciar indevidamente.⁷⁴

Por influência indevida, entenda-se, que a oferta, pagamento, promessa ou mesmo presente deve ser realizada no intuito de induzir o destinatário a fazer mau uso de seu cargo público, como, por exemplo, para obter legislação preferencial aplicada aos negócios do ofertante ou para induzir um oficial estrangeiro a deixar de cumprir uma função pública.⁷⁵

O termo "intencionalmente" não é definido na FCPA, mas geralmente tem sido interpretado pelos Tribunais como um ato cometido voluntariamente e com um propósito ruim, ou seja, é necessário que o réu tenha consciência que está praticando

⁷¹ “American corporations have been pilloried on the front pages and the television of not only the United States but throughout the entire world”. Ibidem, p. 19. Tradução livre: “As corporações americanas foram ridicularizadas nas primeiras páginas e na televisão não apenas dos Estados Unidos, mas de todo o mundo”.

⁷² KOEHLER, Mike. **The Story of the Foreign Corrupt Practices Act**. In: OHIO STATE LAW JOURNAL, vol. 73:5, 2012, p. 950-960. Disponível em <https://fcpa.stanford.edu/academic-articles/20120101-the-story-of-the-fcpa.pdf> .

⁷³ UNITED STATES SENATE. **Senate Report nº 95-114**. 1977, p. 7. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/senaterpt-95-114.pdf> . Tradução livre: “restaurar a confiança pública na integridade do sistema de negócios americano”.

⁷⁴ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Foreign Corrupt Practices Act**. 2020. p.13. In: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>

⁷⁵ Ibidem. p. 13.

uma ação ilegal sob as regras gerais do direito. Importante ressaltar que para a responsabilização criminal com base nos dispositivos do FCPA, é necessário que se prove a intenção corrupta.⁷⁶

Importante destacar ainda que uma das características mais marcantes do FCPA é a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por atos de terceiros, quando estes estiverem agindo em nome da empresa e desde que a empresa tenha tido 'conhecimento' do ato praticado. Ocorre que o requisito 'conhecimento' também é satisfeito quando existe por parte da pessoa jurídica a consciência da alta probabilidade da ocorrência do pagamento, da oferta ou da promessa de suborno⁷⁷.

As disposições antissuborno da FCPA se aplicam a três categorias de pessoas e entidades:

- (1) *issuers* e seus diretores, conselheiros, funcionários, agentes e acionistas agindo em seu nome. Issuers são empresas, americanas ou estrangeiras, que tenham ações negociadas nas bolsas de valores dos Estados Unidos ou que, de alguma forma, têm que preencher e arquivar relatórios na SEC;⁷⁸
- (2) *Domestic concern* e seus oficiais, diretores, funcionários, agentes e acionistas agindo em seu nome. *Domestic concern* são as pessoas físicas ou jurídicas organizadas de acordo com as leis norte-americanas ou que têm como principal lugar de negócios os Estados Unidos;⁷⁹ e
- (3) *Persons and entities*, excetuados os casos anteriores, agindo enquanto no território dos Estados Unidos. Desde 1998⁸⁰, a parte antissuborno do FCPA é aplicada

⁷⁶ Ibidem. p. 13.

⁷⁷ Trata-se da responsabilidade vicarial. No entanto, faz-se necessário que o terceiro esteja atuando em nome da pessoa jurídica e dentro do alcance de sua autoridade, além de suas ações beneficiarem, mesmo que parcialmente, a corporação.

⁷⁸ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Op. cit. p. 9-10.

⁷⁹ Ibidem. p. 9-10.

⁸⁰ A emenda de 1998 expandiu a jurisdição territorial, estabelecendo que qualquer pessoa ou empresa dos EUA que viole os dispositivos antissubornos do FCPA pode ser responsabilizado, independentemente de eles usarem qualquer meio de comunicação eletrônica norte-americana, bem como que passaria a ser responsabilizado com base no FCPA qualquer pessoa, física ou jurídica, americana ou estrangeira, que viole o FCPA estando no território dos Estados Unidos. Vide: The 1998 amendments to the FCPA expanded the jurisdictional coverage of the Act by establishing an alternative basis for jurisdiction, that is, jurisdiction based on the nationality principle.⁶² In particular, the 1998 amendments removed the requirement that there be a use of interstate commerce (e.g., wire, email, telephone call) for acts in furtherance of a corrupt payment to a foreign official by U.S. companies and persons occurring wholly outside of the United States. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Op. cit. p. 12. Tradução livre: "As emendas de 1998 à FCPA expandiram a cobertura jurisdicional da Lei, estabelecendo uma base alternativa para jurisdição, ou seja, jurisdição baseada no princípio da nacionalidade.⁶² Em particular, as emendas de 1998 removeram a exigência de que haja um uso de

às pessoas e entidades estrangeiras que, diretamente ou por meio de um terceiro, se envolvem em qualquer ato de corrupção enquanto no território norte-americano.⁸¹

Para o FCPA o delito de suborno possui cinco elementos, consistindo assim no (1) pagamento, oferta, autorização ou promessa de pagamento em dinheiro ou qualquer coisa de valor, direta ou indiretamente (2) para qualquer funcionário público estrangeiro⁸² (3) mediante utilização de um instrumento de comércio interestadual⁸³ ou por qualquer pessoa⁸⁴ ou mediante um ato fora dos Estados Unidos por uma empresa doméstica ou pessoa dos EUA ou um ato nos Estados Unidos por uma pessoa estrangeira em cumprimento da oferta, pagamento ou promessa de pagamento (4) com o propósito corrupto de influenciar um ato ou decisão oficial dessa pessoa, ou induzir essa pessoa a fazer ou omitir qualquer ato que viole seu dever legal, ou garantir uma vantagem indevida, ou induzir essa pessoa a usar sua influência junto a um governo estrangeiro para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão governamental (5) com o objetivo de ajudar a empresa a obter ou manter negócios para ou com qualquer pessoa ou direcionar negócios para qualquer pessoa.⁸⁵

Em caso de violação dos dispositivos antissuborno, o FCPA prevê pena para as pessoas jurídicas de multa de até US\$ 2 milhões, para cada infração. No caso de pessoas físicas, incluindo dirigentes, diretores, acionistas e terceiros, estes estão sujeitos a uma multa de até \$ 250.000 e pena de prisão até cinco anos, para cada infração.⁸⁶

comércio interestadual (ex: transferência bancária, e-mail, telefonema) para atos que promovam um pagamento corrupto a um funcionário estrangeiro por empresas e pessoas dos EUA que ocorram totalmente fora dos Estados Unidos”.

⁸¹ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Op. cit. p. 9-10.

⁸² Ou para qualquer das seguintes pessoas ou organizações: partido político estrangeiro; funcionário de partido ou candidato a cargo político estrangeiro; funcionário de uma organização internacional pública; ou para qualquer outra pessoa enquanto “ciente” que o pagamento ou promessa de pagamento será repassado para uma das pessoas acima.

⁸³ Tais como telefone, telex, e-mail, correio ou mídias digitais.

⁸⁴ Americano ou estrangeiro

⁸⁵ TARUN, Robert W. e TOMCZAK, Peter P. **The Foreign Corrupt Practices Act Handbook: A Practical Guide for Multinational General Counsel, Transactional Lawyers and White Collar Criminal Practitioners**. 5ª ed. American Bar Association, 2018, p. 5-6. In: <https://www.globalcompliance.com/wp-content/uploads/sites/43/2018/01/Chapter-1-FCPA-5th.12-21-17.pdf>.

⁸⁶ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Op. cit. p.68.

3.2.2 Convenções Internacionais sobre Corrupção: OEA, OCDE e ONU

Desde os debates antecedentes à aprovação do FCPA, diversos membros do Congresso Americano já haviam apontado que a corrupção era um fenômeno mundial, devendo as providências para seu combate extrapolar as fronteiras estadunidenses, sob pena de as empresas americanas serem as únicas taxadas como corruptas, o que era falso, e também causar prejuízos no campo concorrencial, já que seriam as únicas punidas. O senador Abraham Ribicoff já pregava desde o início das apurações, em 1975, que:

American business was being internationally blamed for activities which are very obvious to me were a very common practice throughout the entire world. Not only the countries of the West—Western Europe, Japan, and the United States—but certainly through Africa, the Middle East, and Asia.⁸⁷

Com a promulgação do FCPA, as corporações americanas sentiram que estavam em desvantagem competitiva⁸⁸, pois eram as únicas expressamente proibidas de subornarem funcionários públicos estrangeiros. Talvez por isto, que “a FCPA foi uma lei que inicialmente não ‘pegou’ (como dizem no Brasil quando uma lei existe, mas não é cumprida ou exigida pelas autoridades)”.⁸⁹

Dessa forma, o governo norte-americano foi pressionado a agir e se deparou com duas alternativas: ou abandonava a política de combate à corrupção transnacional ou forçava demais países a adotarem normas semelhantes.⁹⁰

Por certo que a corrupção é um problema transnacional, logo seu combate tem que ser global, sendo os tratados e convenções internacionais mecanismos apropriados. Assim, a década de 90 do século passado foi marcada por anos de negociações

⁸⁷ UNITED STATE, 1975. Op. cit. 19. Tradução livre: As empresas americanas estavam sendo responsabilizadas internacionalmente por atividades que são muito óbvias para mim como uma prática muito comum em todo o mundo. Não apenas os países do Ocidente - Europa Ocidental, Japão e Estados Unidos - mas certamente através da África, Oriente Médio e Ásia.

⁸⁸ As empresas americanas afirmavam recorrentemente que perdiam contratos no exterior porque eram vedadas de pagar os subornos que as demais empresas estrangeiras supostamente estavam “liberadas” para pagar. Tais afirmações foram reforçadas por alguns estudos recentes, vide: UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE. **Unclassified Summary Of Foreign Competitive Practices Report**. Oct. 1995; HINES JR., James R. **FORBIDDEN PAYMENT: FOREIGN BRIBERY AND AMERICAN BUSINESS AFTER 1977**. In: Nat'l Bureau of Econ. Res. Working Paper. n. 5266, 1995.

⁸⁹ JEVEAUX, Mariana de Almeida. **Breve histórico da Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)**. In: NASCIMENTO, Juliana. CRESPO, Liana Irani Affonso Cunha. *Mulheres em Compliance: desde o programa de compliance até os seus impactos na sociedade*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p. 65.

⁹⁰ PAGOTTO. Op. cit. p. 27.

internacionais que buscavam dirimir este desbalanceamento da competitividade por parte das empresas estadunidenses e de esforços internacionais visando o combate à corrupção, sendo promulgadas diversas convenções e tratados multilaterais sobre a matéria.

No presente trabalho, serão estudados os três principais tratados internacionais que versam sobre o combate a corrupção transnacional.

3.2.2.1 A Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA)

A Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA⁹¹ foi o primeiro documento internacional a estabelecer compromissos para diversas nações sob o eixo do combate à corrupção. A Convenção contra corrupção da OEA, como é mais comumente chamada, foi realizada em Caracas em 29 de março de 1996 e foi Ratificada pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 4.410 de 07 de outubro de 2002.⁹²

Os propósitos da Convenção em debate são (I) a promoção e fortalecimento do desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e (II) promoção, facilitação e regulação da cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir detectar e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.⁹³

Importante ressaltar que no Artigo III da referida Convenção são elencadas 12 medidas preventivas com intuito de desenvolver mecanismos modernos para prevenção, detecção, punição e erradicação das práticas corruptas.

⁹¹ BRASIL. **Decreto Presidencial nº 4.410 de 07 de outubro de 2002**. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf

⁹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/2002/D4410.htm.

⁹³ CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION, art. II

Da leitura do art. III, resta evidente que o combate à corrupção deve ser um processo coordenado e orientado, não podendo ser feito com efetividade através de ações desconexas ou isoladas. Percebe-se, ademais, já neste momento, uma semelhança entre algumas das estratégias de prevenção propostas pela Convenção e os elementos centrais do programa de integridade previsto no ordenamento brasileiro, como a existência de normas de conduta, canais de denúncia e sistemas de proteção à identidade dos denunciantes.⁹⁴

As medidas 10 e 11 acima transcritas deixa claro que para prevenção, detecção e punição da corrupção são necessárias as participações das sociedades empresárias, sociedade civil e organizações não-governamentais, para além, obviamente, das ações dos Estados Partes. Ou seja, é necessária uma confluência de intenções e ações através de um processo orientado para assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas.

Quanto ao âmbito de aplicação, a referida Convenção será aplicável sempre que o presumido ato de corrupção seja cometido ou produza seus efeitos em um Estado Parte.⁹⁵

O art. VI da Convenção da OEA traz as situações entendidas como corrupção que atrairiam a incidência do estatuído no presente tratado. Dessa forma, são considerados atos de corrupção (i) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; (ii) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas a funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; (iii) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerce funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a

⁹⁴ SCHRAMM. Op. cit., p.100.

⁹⁵ CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. Op. cit. art. IV.

fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro; (iv) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos acima; e (v) a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos acima.

A Convenção da OEA também define e prevê a vedação de suborno transnacional no art. VIII, estabelecendo que cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e pessoas jurídicas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público estrangeiro, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial.⁹⁶

A referida Convenção também trata sobre uma importante ferramenta para o combate à corrupção: a necessidade da tipificação e punição do enriquecimento ilícito. O Art. IX estabelece que os Estados Partes que ainda não tenham normas neste sentido deverão adotar “medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente”.⁹⁷ O mesmo artigo ainda considera que, entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de enriquecimento ilícito, este será considerado um ato de corrupção.

Percebe-se, assim, que para a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA a corrupção é tratada num sentido mais amplo, englobando tipos como suborno, peculato, malversação de recursos públicos, abuso de poder e enriquecimento ilícito.

A Convenção contra corrupção da OEA ainda estabelece diretrizes sobre jurisdição, extradição de pessoas, cooperação e assistência entre os Estados Partes, medidas sobre bens no tocante à identificação, localização, bloqueio, apreensão e confisco bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados na referida Convenção, regramentos aplicados ao sigilo bancário e sua quebra, dentre outros.

⁹⁶ CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. Op. cit. art. VIII.

⁹⁷ Ibidem, art. IX.

3.2.2.2 A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

A primeira tentativa do governo americano visando que a OCDE estabelecesse um tratado multilateral que vedasse o suborno transnacional foi em 1981. No entanto, vários países expressaram a opinião de que as diferenças entre seus sistemas tornariam tal acordo difícil de implementar.

Anos mais tarde, maio de 1994, sem efeito vinculante e ainda abaixo das expectativas das empresas norte-americanas, a maioria dos países membros e convidados da OCDE concordou com as Recomendações da OCDE sobre suborno em operações internacionais. Posteriormente, após grande pressão dos Estados Unidos e depois de vencer a resistência de alguns países europeus (especialmente a França), o Conselho da OCDE, em 11 de abril de 1996, aprovou uma recomendação para eliminar a dedutibilidade fiscal de subornos entre seus Estados membros. Na reunião seguinte da OCDE, em maio de 1997, o governo norte-americano pressionou por uma resolução que comprometesse os demais governos do dever de proibir o suborno estrangeiro em sua legislação doméstica até o final de 1998 e estabelecer um sistema de monitoramento para garantir que estava sendo cumprido. Depois de muita negociação, um acordo foi alcançado e todos os vinte e nove países membros da OCDE e cinco países não membros, dentre eles o Brasil, concordaram em assinar, em 17 de dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.⁹⁸

A referida Convenção⁹⁹ teve seu escopo temático focado no Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, estabelecendo normas legalmente vinculativas para criminalizar o suborno transnacional, impondo para os países signatários a obrigação de tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de leis que impusessem a responsabilidade criminal pessoal à qualquer pessoa que intencionalmente oferecesse, promettesse ou desse qualquer vantagem pecuniária

⁹⁸ FERGUSON. Op. cit., p. 82-83.

⁹⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Paris: OCDE, 1997.

indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais”.¹⁰⁰

A Convenção ainda trouxe para os países signatários a determinação para criação de leis que cominassem responsabilidade às pessoas jurídicas pela prática de corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.¹⁰¹

Resta evidenciado que o combate está direcionado para os crimes cometidos pelo subornador (independente se pessoa física ou jurídica) e não o funcionário público estrangeiro que recebe o suborno, ficando este pela presente Convenção sem punição. Ou seja, é um instrumento internacional anticorrupção focado apenas no "lado da oferta" da transação de suborno.

Segundo o art. 1 da Convenção da OCDE são funcionários públicos estrangeiros (I) qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; (II) qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e (III) qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional. Dessa forma, não está abarcada pela referida Convenção subornos a partidos políticos e seus membros.

No que tange às Sanções, o art. 3 da Convenção ora em comento estabelece que a corrupção de funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público nacional do Estado Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição. Ainda trouxe a advertência que caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e

¹⁰⁰ Decreto Presidencial nº 3.678/2000, Art. 1, 1.

¹⁰¹ *Ibidem*, art. 2, 1.

dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive com sanções financeiras.

O referido artigo ainda determina que deverão ser tomadas medidas necessárias para garantir que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos à apreensão, confisco ou que sanções financeiras equivalentes sejam aplicáveis.

Ao tratar sobre juristição, o art. 4 da Convenção da OCDE estatui que cada Estado Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território. No entanto, quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre o delito escopo da presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo. Ou seja, onde há mais de um Estado Parte com jurisdição, eles são obrigados a consultar a fim de determinar a jurisdição mais apropriada para o processamento, inclusive, a combinação de ambos, como ocorrido nos casos da lava-jato.

No tocante à lavagem de dinheiro, a Convenção da OCDE prevê que a Parte que considerou o delito de corrupção de funcionário público nacional como antecedente para o propósito da aplicação de sua legislação sobre lavagem de dinheiro deverá fazer o mesmo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro. Acrescente-se ainda que o suborno de um funcionário público estrangeiro é considerado um crime passível de extradição entre os Estados signatários da Convenção da OCDE.

Importante ainda salientar que a Convenção em debate admite apenas duas defesas contra o crime de suborno de funcionário público estrangeiro, a saber: (a) para pequenos pagamentos de facilitação; e (b) onde o pagamento em questão foi permitido ou exigido pela lei escrita ou regulamento do Estado do funcionário público estrangeiro.

Em 25 de novembro de 2021, atualizaram as Recomendação do Conselho para o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

Comerciais Internacionais¹⁰². Com esta nova Recomendação, foram estabelecidas novas medidas para reforçar os esforços dos Estados Partes para prevenir, detectar e investigar suborno transnacional, bem como aprimorar as disposições já incluídas na Recomendação de 2009. Na versão de 2021 foram trazidos temas-chave que surgiram ou evoluíram ao longo dos últimos anos no campo da anticorrupção.

Dessa forma, foram robustecidas orientações quanto à cooperação internacional, sendo estabelecidas medidas neste sentido, além de elencados procedimentos de assistência jurídica mútua e regras para os casos multijurisdicionais.

Foram fortalecidos também as regras para a proteção dos denunciadores de boa-fé, tendo em vista o papel essencial que estas pessoas podem desempenhar como fonte de detecção de casos de suborno estrangeiro. Assim, foi recomendado que as Partes, de acordo com seus princípios legais jurisdicionais, estabelecessem marcos legais e institucionais fortes e eficazes para proteger e/ou fornecer remédio contra qualquer ação retaliatória a pessoas que trabalham no setor privado ou público que reportam de boa-fé atos suspeitos de suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.

Vale ressaltar ainda que a Recomendação do Conselho da OCDE para o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais estabeleceu diretrizes específicas sobre Orientações de Boas Práticas sobre Controles Internos, Ética e Compliance, sendo estas dirigidas as empresas, incluindo empresas estatais, para estabelecer e garantir a eficácia de controles internos, ética e programas de conformidade ou medidas para prevenir e detectar o suborno de funcionários públicos estrangeiros em suas transações comerciais internacionais, e para organizações empresariais e associações profissionais, que desempenham um papel essencial na assistência às empresas nestes negócios. Neste aspecto particular, impõe ressaltar que tais orientações não são obrigatórias.

Sob a perspectiva nacional, a presente Convenção da OCDE, embora não tenha sido a primeira Convenção a tratar especificamente sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, foi a primeira a ser ratificada pelo Brasil¹⁰³ sobre o

¹⁰² Ocde. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública**. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378>

¹⁰³ Ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm.

tema. Com isto, o Brasil passou a adotar uma agenda anticorrupção, promulgando nos anos seguintes diversas leis que trazem em seu âmago o enfrentamento mais combativo ao tema.

Dessa forma, em junho de 2002, o Brasil promulgou a Lei nº 10.467/2002¹⁰⁴, incluindo o Capítulo II-A no Código Penal, criando-se, assim, novos fatos típicos para a legislação brasileira, ou seja, os crimes de Corrupção ativa em transação comercial internacional¹⁰⁵ e o de Tráfico de influência em transação comercial internacional¹⁰⁶, sendo, ainda, alterada a Lei no 9.613/98, que passou a incluir ambos os tipos acima no rol dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. Completando as inovações, a Lei trouxe ainda a conceituação de Funcionário público estrangeiro.¹⁰⁷

Ainda como fruto da ratificação da Convenção da OCDE sobre Corrupção Transnacional, como é mais conhecida, adveio, em 1º de agosto de 2013, a Lei nº 12.846¹⁰⁸, que inovou o ordenamento jurídico brasileiro trazendo a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, impondo severas sanções às pessoas jurídicas.

Por fim, insta salientar que a implementação da Convenção da OCDE, para fins de garantir a sua efetiva e integral implementação, teve um acompanhamento sistemático nos Estados Partes. O processo de monitoramento da implementação da referida Convenção foi composto por duas fases: (I) Na primeira fase, a legislação do Estado Parte foi objeto de aferição, exclusivamente, sob o aspecto da adequação normativa aos termos da Convenção; (II) a segunda fase do processo de monitoramento, realizada *in loco* na Parte, objetivou, especialmente, a avaliação da aplicação das normas nacionais do País signatário sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais, bem como a verificação prática das consequências das recomendações realizadas na primeira fase do monitoramento;

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 10.467 de 11 de junho 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10467.htm .

¹⁰⁵ Código Penal, Art. 337-B.

¹⁰⁶ *Ibidem*, Art. 337-C.

¹⁰⁷ *Ibidem*, Art. 337-D.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-publicacaooriginal-140647-pl.html>.

(III) Na terceira fase, foram aferidos os avanços efetivos promovidos pelas Partes referentes às recomendações da segunda fase de avaliação, bem como questões originadas de mudanças legais ou institucionais. Por meio dos casos concretos de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas por atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, foram analisados os resultados obtidos e as necessidades de aprimoramento. Também foram objeto da terceira fase algumas questões transversais, tais como a lavagem de dinheiro, a extradição e a cooperação internacional.¹⁰⁹

3.2.2.3 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

Completando o panorama das principais convenções internacionais a versar sobre o combate à corrupção, tem-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹¹⁰, também conhecida como Convenção de Mérida ou, puramente, UNCAC¹¹¹, que foi adotada pela Assembleia Geral em 31 de outubro de 2003 e entrou em vigor em 14 de dezembro de 2005.

O Brasil, em 9 de dezembro de 2003, assinou a referida Convenção, sendo aprovada internamente mediante o Decreto Legislativo nº 348/2005¹¹² e promulgada em 31 de janeiro de 2006, com o Decreto Presidencial nº 5.687.¹¹³

A Convenção de Mérida teve suas bases construídas com visando (I) promover e fortalecer medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; (II) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e

¹⁰⁹ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, **Convenção da OCDE contra o suborno transnacional, 2016**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf> . Vide também: OCDE, Relatório sobre a implementação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais no Brasil – Fase III, outubro de 2014. Disponível em: [file:///C:/Users/rfopp/Dropbox/PC%20\(2\)/Downloads/built-in-function.id.pdf](file:///C:/Users/rfopp/Dropbox/PC%20(2)/Downloads/built-in-function.id.pdf)

¹¹⁰ UNITED NATIONS. **United Nations Convention Against Corruption**. New York, 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

¹¹¹ *United Nations Convention Against Corruption*.

¹¹² Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html>

¹¹³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm.

(III) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.¹¹⁴

Assim, a base normativa da UNCAC está assentada em quatro pilares temáticos: o primeiro deles no capítulo que elenca as medidas preventivas voltadas para a promoção da integridade, da transparência e da boa governança nos setores público e privado; o segundo é destinado às recomendações para a criação de determinados tipos penais relacionados à corrupção e de garantias para efetiva aplicação das leis relacionadas a eles; o terceiro consiste numa sequência de disposições a respeito da cooperação Internacional em casos de atos de corrupção; por fim, o quarto pilar trata da recuperação de ativos resultantes de atos de corrupção.¹¹⁵

Sob o prisma preventivo¹¹⁶, a Convenção de Mérida elencou uma série de políticas e práticas visando a prevenção da corrupção, indicando ainda que cada Estado Parte garanta a existência de órgãos independentes para aplicar as políticas anticorrupção e coordenar as ações visando o efetivo combate.¹¹⁷

Para o setor público, foi orientado a que estes se baseiem na eficiência, transparência e em critérios objetivos, tais como mérito, equidade e aptidão, devendo ainda os funcionários públicos serem devidamente treinados para desempenharem honrosamente suas tarefas, além de capacitação especializada e apropriada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho de suas funções.¹¹⁸

Visando maior efetividade no combate à corrupção, a UNODC ainda estabeleceu cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, promoverá, entre outras coisas, a integridade, a honestidade e a responsabilidade entre seus funcionários públicos, indicando a aplicação de códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas.¹¹⁹

¹¹⁴ BRASIL. **Decreto Presidencial nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006**. Art. 1. **31 de janeiro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm.

¹¹⁵ DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12846/2013 segundo o direito de intervenção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 77-78.

¹¹⁶ UNITED NATIONS. Op. cit., Capítulo II.

¹¹⁷ Ibidem, artigo 5 e 6.

¹¹⁸ Ibidem, artigo 7.

¹¹⁹ Ibidem, artigo 8.

Para o setor privado, ainda sob a perspectiva da prevenção, foi indicado que cada Estado Parte adote medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, bem como estabelecer sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas. Como medidas para alcançar este fim, foi apontado o estímulo a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado.¹²⁰

A Convenção de Mérida ainda ressaltou a importância da participação da sociedade no combate à corrupção, estabelecendo que cada Parte deverá adotar medidas para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa.¹²¹

Fechando o capítulo sobre prevenção, a Convenção de Mérida traz normas para prevenção a lavagem de dinheiro, indicando uma série de medidas, dentre elas destacam-se a (I) criação de um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, com estabelecimento de requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, com indicação para denunciar as transações suspeitas; e a (II) garantia de que as autoridades de administração, regulamentação e cumprimento da lei e demais autoridades encarregadas de combater a lavagem de dinheiro sejam capazes de cooperar e intercambiar informações nos âmbitos nacional e internacional.

O capítulo III versa sobre a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas para tipificarem determinadas condutas indicadas na UNODC.

¹²⁰ Ibidem, artigo 12.

¹²¹ Ibidem, artigo 13.

A presente Convenção não definiu o que é corrupção, mas enumerou condutas concretas que considera corruptas¹²². Assim, são elencados como tipos penais necessários de tratamento pelas Partes: (I) suborno de funcionários públicos nacionais; (II) suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas; (III) Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público; (IV) tráfico de influências; (V) Abuso de funções; (VI) Enriquecimento ilícito; (VII) Suborno no setor privado; (VIII) malversação ou peculato de bens no setor privado; (XIX) lavagem de produto de delito; (X) Encobrimento; e (XI) Obstrução da justiça.¹²³

Neste capítulo ainda é tratada a questão da Responsabilização das pessoas jurídicas, sob o comando do artigo 26, que estabelece que cada Estado Parte deveria adotar as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados como corrupção.

Cumprir ressaltar que também são indicadas a criação e adoção de regras para proteção aos denunciadores de boa-fé, bem como de testemunhas, peritos e vítimas.¹²⁴

A Cooperação internacional, consistente na assistência das investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção, é considerada fundamental para o combate à corrupção transnacional, bem como para casos nacionais que envolvam transferência de recursos para o exterior. Neste capítulo, ainda são tratadas questões relativas à extradição, traslado de pessoas condenadas a cumprir uma pena, assistência judicial recíproca, enfraquecimento de ações penais, cooperação em matéria de cumprimento da lei, investigações conjuntas e técnicas especiais de investigação.¹²⁵

O último eixo tratado na Convenção de Mérida é a recuperação de ativos, sendo este um princípio fundamental da presente Convenção, devendo os Estados Partes prestar à mais ampla cooperação e assistência entre si a esse respeito.¹²⁶

¹²² UNITED NATIONS. **Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutor and Investigator**. Viena, June 2005, cap 2: "Corruption defined, p. 21-27.

¹²³ UNITED NATIONS. Op. cit., Artigos 15 à 25.

¹²⁴ Ibidem, artigo 32 e 33.

¹²⁵ Ibidem, Capítulo IV.

¹²⁶ Ibidem, artigo 51.

3.3 ANÁLISE DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para além das medidas incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência dos referidos tratados internacionais, o Brasil possui enumeradas normas anticorrupção de natureza criminal, é o caso dos crimes previstos no art. 317 e art. 333 do Código Penal, respectivamente, corrupção passiva e corrupção ativa. Ressalte-se, contudo, que muitas condutas típicas embora não estejam previstas como tipo penal “corrupção”, são abarcadas pelo conceito da Transparência Internacional já referido no presente trabalho, é o caso, por exemplo, do peculato (art. 312, Código Penal), da inserção de dados falsos em sistema de informações da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida (art. 313-A, Código Penal) e da concussão (art. 316, Código Penal).

3.3.1 Principais normas penais contra a corrupção

Flávio Rezende Dematté destaca que: “o eixo de normas penais brasileiras voltadas para o combate à corrupção é constituído essencialmente por quatro leis principais, ressaltando, mais uma vez, que todas elas se voltam apenas para a responsabilização subjetiva de pessoas físicas”¹²⁷: a primeira é o Código penal, que tem o Título XI destinado a crimes praticados contra Administração Pública; a segunda é a Lei nº 8.666¹²⁸, cujos artigos 89 a 99 tipificam uma série de atos envolvendo fraude à licitações; a terceira é a Lei de Lavagem de Dinheiro¹²⁹; e a quarta é a Lei de Organizações Criminosas.¹³⁰

¹²⁷ DEMATTÉ. Op. cit. p.83.

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Substituída pela Lei nº 14.133/2021 que revogou textualmente os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666, sendo estabelecidos onze novos tipos penais que vão do art. 337-E até o 337-O.

¹²⁹BRASIL. **Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm.

¹³⁰ BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm .

Pensando nos tipos que visam combater a corrupção trazidas pelo Código Penal, estes compõem todo o Título XI que trata dos crimes contra a administração pública.

Como lecionou Rogério Sanches da Cunha:

Crimes dessa natureza afetam, sempre, a probidade administrativa, promovendo o desvirtuamento da Administração Pública nas suas várias camadas, ferindo, dentre outros, os princípios norteadores da *legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência*. O agente, representando o Estado, contraria uma norma, buscando com sua conduta, muitas vezes, fim obscuro e imoral, demonstrando nefasta ineficiência do seu serviço (...) realizando o servidor desejo pessoal ou de terceiro – interesse particular –, gerando dano ou perigo de dano para a ordem administrativa.¹³¹

O conceito de funcionário público – para efeitos penais – está previsto no art. 327, Código Penal:

Art. 327- Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.¹³²

Nesse sentido, Fragoso explica que:

O Código Penal, afastando as controvérsias, Determinou com segurança o que se deve entender, para os fins do direito penal, *intra poenia juris poenalis*, Isso ok funcionário público: quem, embora transitoriamente e sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Estão aí incluídos, portanto, não ssóos funcionários que desempenham cargos criados por lei, regularmente investidos e nomeados, remunerados pelos cofres públicos, como também os que exercem emprego público (contratados, mensalistas, diaristas, tarefeiros, nomeados a título precário), e, ainda, todos os que de qualquer forma exercem 'função pública'. é realmente o exercício de função pública o que caracteriza o funcionário público perante o direito penal.¹³³

Em breves linhas, sob a perspectiva penal, são considerados funcionários públicos todos àqueles que exercem cargo público, emprego público ou função pública, ainda que sem remuneração e transitoriamente. Para efeitos penais, observando o quanto disposto no supracitado § 1º, são equiparados a funcionário público quem exerce

¹³¹ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 9º ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2017, p. 757.

¹³² BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm .

¹³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial**. Vol. 4. 1959. São Paulo: José Bushatsky, p. 877.

cargo, emprego ou função em entidade paraestatal¹³⁴, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada¹³⁵ ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

No Capítulo I, do Título XI, são trazidos os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, vão do art. 312 ao 327. Já o Capítulo II do Título XI, que engloba os artigos 328 ao 337-A, traz os crimes praticados por particular contra a Administração em geral.

No capítulo II-A, primeiro fruto legislativo da incorporação da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE no Brasil, trata dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira. Dessa forma, foram incluídos novos tipos penais incriminadores através da alteração legislativa de 2002, passando a existir no ordenamento nacional os seguintes crimes: corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial Internacional.

Também neste capítulo, o legislador brasileiro definiu, para fins penais, quem é funcionário público estrangeiro:

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

¹³⁴ Sobre entidades paraestatais, vide lição de José dos Santos Carvalho Filho: há juristas que entendem serem entidades paraestatais aquelas que, tendo personalidade jurídica de direito privado (não incluídas, pois, as autarquias), recebem amparo oficial do Poder Público, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as entidades de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos), como o SESI, SENAI, SESC, SENAC etc. Outros pensam exatamente o contrário: entidades para estatais seriam as autarquias. Alguns, a seu turno, só em quadram nesta categoria as pessoas colaboradoras que não se preordenam a fins lucrativos, estando excluídas, assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. para outros, ainda, paraestatais seriam as pessoas de direito privado integrantes da Administração Indireta, excluindo-se, por conseguinte, as autarquias, as fundações de direito público e os serviços sociais autônomos. Por fim, já se considerou que na categoria se incluem além dos serviços sociais autônomos até mesmo as escolas oficializadas, partidos políticos e os sindicatos, excluindo-se a administração indireta. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 500.

¹³⁵ Concessionárias ou permissionárias de serviço público.

O capítulo II-B, Título XI do Código Penal, foi inserido em 2021 como resultado da aprovação da nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021¹³⁶. Dessa forma, foram revogados os artigos 89 a 108 da antiga Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/93, logo a partir da publicação na nova lei. Foram criados, assim, onze tipos penais que vão do artigo 337-E ao artigo 337-O, destacando-se dentre eles: contratação direta ilegal; frustração do caráter competitivo de licitação; patrocínio de contratação indevida; modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo; violação de sigilo em licitação; afastamento da licitante; fraude em licitação ou contrato; e contratação inidônea.

O segundo tripé onde estão assentadas normais penais incriminadoras que giram em torno do combate à corrupção é a Lei nº 9.613/1998, apelidada de Lei de lavagem de dinheiro ou Lei de branqueamento de capitais¹³⁷. Isto porque, como bem pontuado por Rodrigo de Grandis, “ninguém pratica o crime de ‘lavagem’ de dinheiro por mero diletantismo”¹³⁸. Por certo que a “reprovabilidade da conduta daquele que oculta ou dissimula recursos provenientes de uma atividade criminosa baseia-se, principalmente, na necessidade de o Estado impedir que os agentes usufruam as vantagens auferidas ilegalmente”.¹³⁹

Assim como a corrupção, o delito de lavagem de dinheiro deve ser analisado sob a perspectiva da globalização, visto que, enquanto fenômeno complexo e multifacetado, o manancial jurídico disponível em cada país se viu atrelado a uma sociedade excessivamente tecnológica massificada e de informação em que a conduta das pessoas, muitas das vezes marcada pelo anonimato, encontra-se apta a produzir riscos globais suscetíveis de serem produzidos em tempo e lugar distanciados da ação que os originou.¹⁴⁰

Dessa forma, a transnacionalidade é uma característica recorrente da lavagem de dinheiro, sendo corriqueiro que os infratores, especialmente quando integram

¹³⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm .

¹³⁷ O presente trabalho adota, indistintamente, as denominações “lavagem de dinheiro” e “branqueamento de capitais”, seguindo, ademais, a doutrina brasileira e estrangeira.

¹³⁸ GRANDIS, Rodrigo de. **O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro**. DE CARLI, Carla Veríssimo. Coord. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 153.

¹³⁹ Ibidem, p. 153.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 155

organizações criminosas e movimentam volumosas divisas proveniente de crimes, dentre eles destaca-se a corrupção, busquem instituições financeiras de outros países, notadamente dos chamados paraísos fiscais, para ocultar a origem ilícita de valores¹⁴¹. Nesse sentido:

Vale ressaltar que o branqueamento de capitais, crime internacional em sentido amplo, se desenvolveu fundamentalmente no sistema financeiro, por várias razões: o tamanho do mercado financeiro e a complexidade de suas operações que o tornam idôneo para as operações de branqueamento; a diversidade das regulamentações nacionais financeiras e bancárias; a deficiente supervisão bancária em alguns países e territórios; as possibilidades de anonimatos conferidas pelo sigilo bancário; as novas técnicas e procedimentos bancários, os quais são utilizados pelos agentes para mascarar suas operações.³ A partir daí, ampliaram-se as práticas voltadas a ocultar os ativos ilícitos, com a utilização de entidades não-financeiras, tais como cassinos, restaurantes, construtoras, entre outras.¹⁴²

Dessa forma, como fenômeno transnacional, a lavagem de dinheiro para ser eficazmente combatida necessita de esforços em nível global¹⁴³, sendo realizados diversos tratados, convenções, recomendações e acordos internacionais, sendo, inclusive, como já visto no ponto 2.1.2, tratada pelas convenções internacionais que versaram sobre a corrupção.

No ordenamento jurídico brasileiro, a norma penal que trata sobre a lavagem de dinheiro é, como já mencionado, a Lei nº 9.613/1998, sendo sua última alteração realizada em 2012 através da Lei nº 12.683¹⁴⁴. Nesse passo, impende ressaltar que a maior alteração promovida em 2012 foi a exclusão do rol taxativo dos crimes antecedentes, sendo substituído totalmente as expressões “crime” ou “crime antecedente” por “infração penal”, restando o tipo penal estabelecido como “Ocultar

¹⁴¹ WEBER, Patrícia Maria Núñez; MORAES, Luciana Furtado. **Infrações penais antecedentes**. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. Coord. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 366.

¹⁴² LIMA, Vinicius de Melo; GULARTE, Caroline de Melo Lima. **Compliance e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro**. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 82. jan. 2017 – abr. 2017. Porto Alegre, p. 120-121. Disponível em: http://amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527273276.pdf .

¹⁴³ À título exemplificativo, algumas das principais iniciativas internacionais são: Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, 1980; Declarações de Princípios da Basiléia, 1988; Convenção das Nações Unidas contra o tráfico de substâncias entorpecentes, 1988; Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra o Branqueamento de Capitais – GAFI, 1989; Convênio de Estrasburgo, 1990; Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, 2000; Convenção do Conselho da Europa, 2005; e Diretivas da Comunidade Europeia, 1991, 2001, 2005 e 2015

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 12.683 de 09 de julho de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm .

ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Esta alteração se deve ao fato de que o caráter limitado do rol de crimes antecedentes previstos antes da alteração era extremamente deficitário diante da realidade fática, para além da grande controvérsia jurisprudencial sobre aplicação nos casos em que os crimes antecedentes são os praticados por organização criminosa.

Resta evidenciado que o combate à lavagem é um desafio extremamente complexo que impõe uma compreensão clara e completa das várias tendências e técnicas – que estão em constante evolução – usadas pelos criminosos para lavar seus ganhos ilícitos.¹⁴⁵

O terceiro tripé das normais penais nacionais que compõe o combate à corrupção cuida da tipificação da organização criminosa. Assim como a corrupção, o conceito de organização criminosa não é pacífico e, tendo também em vista o fenômeno da globalização, sofre constantes alterações. Isto porque o crime organizado está em um ambiente de constantes mudanças. É um processo dinâmico em constante adaptação às novas oportunidades para sua prática, existindo sempre novas fontes e habilidades disponíveis aos potenciais criminosos, podendo assumir diferentes formas em diferentes sociedades.¹⁴⁶

Nesse sentir, Guilherme de Souza Nucci ensinou que:

O conceito de organização criminosa é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.¹⁴⁷

No entanto, à luz da taxatividade do Direito Penal, ainda que cercado de toda complexidade que envolve a elaboração de uma definição, o legislador brasileiro,

¹⁴⁵ KOBOR, Emery. **Money laundering trends**. *In*: United States Attorneys' Bulletin, Columbia. v. 55, nº 5, set/2007, p. 14.

¹⁴⁶ COUNCIL OF EUROPE. **Organised crime situation report 2005: focus on the threat of economic crime**. Strasbourg, Dec. 2005, p. 19. Disponível em: <https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf> .

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 13.

escorado ainda no princípio da legalidade, formulou, no §1º, do art. 1º, da Lei nº 12.850/2013, o tipo “organização criminosa”, vejamos:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Assim, tendo em vista as atualizações legislativas do último ano, o eixo de normas penais brasileiras voltadas para o combate à corrupção está, essencialmente, assentado sobre o tripé das três leis penais ora debatidas: (I) Título XI do Código Penal, (II) Lei de lavagem de dinheiro e (III) Lei da organização criminosa.

Como visto, em termos de hipóteses tipificadas, o plexo normativo brasileiro destinado a reprimir criminalmente a corrupção e crimes correlatos é quantitativamente amplo. Contudo, o fato de reiterados casos de corrupção serem investigados e revelados pelas instituições públicas competentes, em contraposição ao baixo número de encarcerados que foram condenados por crimes relacionados à corrupção, indica que tal complexo e vasto aparato de leis penais nessa matéria pode não estar cumprindo a contento a tarefa atribuída pelo legislador de controle da corrupção.¹⁴⁸

A esse respeito, Fauzi Hassan Choukr, já em 2008, externalizou que, sem embargo de toda dogmática brasileira, “o sistema penal jamais chegou a significar uma verdadeira barreira às práticas corrompedoras, o que pode ser verificado pelas tímidas estatísticas disponíveis sobre o cenário”¹⁴⁹. Este fato é justificado, ao menos em parte, pelas (I) deficiências estruturais do processo penal, ainda completamente defasado na sua estrutura basilar em relação aos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil, (II) pela dependência política do poder executivo de altos cargos policiais, do órgão acusador (Ministério Público) e do judiciário e (III) pelo fato das medidas cautelares que recaem sobre bens (arrestos, sequestro penais) não apresentarem historicamente qualquer resultado significativo na recuperação do patrimônio público

¹⁴⁸ DEMATTÉ, Flávio Rezende. Op. cit. p.85.

¹⁴⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **As vias da Internacionalização e o Cenário Brasileiro**. In: FÖPPEL, Gamil. Coord. *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio*. Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008, p. 491.

quando se pensa na persecução dos crimes de corrupção em qualquer das suas formas.¹⁵⁰

Corroborando a ineficácia da tutela penal para se prevenir a corrupção, vale a lição de Zaffaroni e Nilo Batista:

A comprovação de que o poder punitivo opera de modo exatamente inverso ao descrito pelo discurso penal tradicional é verificável pela mera observação leiga da realidade social. A defesa diante destes conhecimentos de comprovação quotidiana consiste em atribuí-los a distorções conjunturais do poder punitivo, ocultando que se trata de caracteres estruturais, sendo conjuntural unicamente o seu grau (...). Partindo da falsa ideia da criminalização como um processo natural, sustenta-se a quimera da solução de gravíssimos problemas sociais que, na realidade, o direito penal não resolve mas, ao contrário, em geral potencializa, pois só faz criminalizar alguns casos isolados provocados pelas pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo. Este não é um efeito inofensivo do discurso, porque a quimera da solução *neutraliza o paralisa a busca de soluções reais e eficazes*. Além disso, essa ilusão abre as portas do fenômeno mais comum exercício do poder punitivo, que é a *produção de emergências*. Pode-se afirmar que a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais. A esse respeito falou-se, com acerto, de uma emergência perene ou contínua, o que é facilmente verificável: o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da rebelião, do anarquismo, do comunismo, da dependência de tóxicos, da destruição ecológica, da economia informal, da corrupção, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitivos problemas dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo.¹⁵¹ (grifos nossos)

Luigi Ferrajoli leciona que o direito penal tem uma dúplici função preventiva: a punição dos culpados e a tutela dos inocentes¹⁵². No entanto, os crimes que carregam em seu âmago o conceito lato senso da corrupção são de difícil reparação considerando diretamente as suas vítimas. Como reparar a morte de alguém que faleceu por desvios de dinheiro público na saúde? Como recompor a uma criança os anos de estudo de qualidade perdidos por desvios de dinheiro público na educação?¹⁵³

¹⁵⁰ Ibidem, p. 491-493.

¹⁵¹ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit. p. 68.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.483.

¹⁵³ Ao tratar sobre a crise paradigmática da dogmática penal frente às chamadas “sociedades de risco”, Dias alertou que “não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa”. DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 33, ed. Revista dos Tribunais, p. 49.

3.3.2 Lei de Improbidade Administrativa e lei da empresa limpa: principais normas não penais anticorrupção

Na seara administrativa, muitas outras normas trazem em seu âmago o enfrentamento da corrupção. Destacamos, no presente estudo, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção.

A Lei nº 8.429/92¹⁵⁴, nascida no final do governo do então presidente Fernando Collor de Melo, primeiro presidente brasileiro a perder o cargo devido ao processo político de impeachment por práticas corruptivas, regulamentou o § 4º, do art., 37, da Constituição Federal de 1988¹⁵⁵, e, desde sua edição, foi considerada um dos pilares da legislação anticorrupção, apresentando significativas mudanças em relação às suas predecessoras¹⁵⁶, que, nas inúmeras décadas que estiveram em vigor, jamais tiveram qualquer operacionalidade prática.¹⁵⁷

Nesse sentido, Fauzi Hassan celebrou:

no Brasil a tutela penal não se apresenta historicamente eficiente no enfrentamento da corrupção, sem embargo de várias previsões no Código Penal, inclusive a partir de modificações por força de adesão a compromissos internacionais.

Se a via penal não se apresenta historicamente como um meio de responder, no marco do Estado de Direito a esse fenômeno social, o campo civil foi reestruturado em 1992 com a Lei de Improbidade Administrativa, e avanços foram sentidos na persecução de atos que podem ser considerados como de corrupção, ensejando um início de mudança cultural no enfrentamento da matéria.¹⁵⁸

A Lei de Improbidade Administrativa passou em 2021 por profundas modificações, através da Lei nº 14.230. Salvo os artigos 15 e 19, todos os demais artigos da redação original de 1992 foram alterados ou revogados.

¹⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm .

¹⁵⁵ 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: (...) § 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. *In*: BRASIL, 1988.

¹⁵⁶ Decreto-lei federal 3.240/41; posteriormente, Lei nº 3.164/57 e a Lei 3.502/58.

¹⁵⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.* p. 493.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 499.

A principal alteração trazida pela redação da Lei nº 14.230/21 é a extinção da modalidade culposa de improbidade. Dessa forma, depreende-se da leitura do § 1º, art. 1º, que só serão considerados “atos de improbidade administrativa as condutas dolosas”, acrescentando ainda o § 2º, do mesmo artigo, que “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”.

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, após a referida reforma, está previsto no art. 2º da Lei em debate:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e 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 referidas no art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

Percebe-se, de logo, outra grande alteração, uma vez que, pela redação anterior, o particular que não fosse agente público somente seria sujeito ativo em coautoria com o agente público, nunca sozinho¹⁵⁹. Com a nova redação, no entanto, apesar do agente público continuar como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, existe a possibilidade, sempre que envolver recursos de origem pública, de se impor as sanções previstas na referida lei de improbidade também ao particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

Importante salientar que, no art. 3º, a Lei também equipara, no couber, para fins de responsabilização, todo aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

Segundo a previsão legal do § 1º, do art. 3º, da nova redação da Lei de Improbidade, “os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso

¹⁵⁹ COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo: Segundo a jurisprudência do STJ e do STF**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 442.

em que responderão nos limites da sua participação”. Depreende-se da leitura transcrita que a norma tem principal escopo afastar por completo à responsabilidade objetiva.

O mesmo art. 3º, ainda estabelece no § 2º que “as sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”. Esta norma visa evitar a sobreposição de normas aplicadas ao mesmo fato concreto e, por conseguinte, o *bis in idem*, já que a mesma conduta praticada seria sancionada duas vezes.

Os sujeitos passivos que sofrem a conduta do ímprobo são (I) patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; (II) o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais descritos no item anterior; e (III) o patrimônio de entidade privada, independentemente de integrar a administração indireta, para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

As principais críticas direcionadas às alterações e inovações trazidas pela redação de 2021 à Lei de Improbidade Administrativa são (I) a extinção da modalidade culposa de improbidade (art. 1º, §§ 2º e 3º); (II) a conversão da lista dos atos de improbidade de exemplificativa em taxativa no texto da lei (art. 11, *caput*); (III) a introdução da prescrição intercorrente (art. 23, § 8º); e (IV) a limitação de prazos para ressarcimento aos cofres públicos.

Em 2013, visando atender a determinação da Convenção contra a corrupção da OCDE no que tange à aplicação de sanção às pessoas jurídicas, a Lei da Empresa Limpa, como também é comumente chamada a Lei nº 12.846/13, foi editada, tendo começado a vigorar em 29 de janeiro de 2014.

Importante frisar que, através de sua regulamentação, o Decreto nº 8.420/15, notadamente nos artigos 41 e 42, foi incorporado no ordenamento jurídico nacional, através da previsão (não cogente) da instituição dos programas de integridade por parte das pessoas jurídicas, um norte efetivamente preventivo ao tema corrupção.

A positivação no Direito brasileiro do programa de integridade, além de se inspirar nas legislações internacionais, também são guiadas pela mudança de rumo da política econômica *strictu sensu* vivenciada nas últimas décadas do século passado, que fez surgir a ideia de que o funcionamento razoável de uma economia de mercado deve observar inúmeros valores capazes de garantir a equidade e a transparência nas relações econômicas.

Nesse contexto, empresas que pretendam acompanhar as atuais diretrizes da economia global são compelidas a implementar uma autorregulação de prevenção de desvios de conduta por seus próprios agentes. Tal inspiração também alcança o conceito de governança corporativa¹⁶⁰, que foi desenvolvido de modo a albergar todas as práticas empresariais tendentes a assegurar um funcionamento ético autorregulado da própria corporação, tendo como norte para as suas atuações os seguintes princípios: compliance (conformidade legal e responsabilidade corporativa), accountability (prestação responsável de contas), disclosure (transparência) e fairness (senso de justiça).¹⁶¹

Dessa forma, implantou-se uma gradual percepção de que o Estado não mais dispunha de mecanismos eficazes para a repressão de desvios observados nas práticas econômicas. A mudança inaugurou com a seletiva transferência da competência de fiscalização – outrora monopolizada por organismos estatais – a corporações privadas em relação a seus próprios agentes e seus terceiros. Ou seja, é como se o próprio Estado, por reconhecer-se incapaz de fiscalizar desvios, terceirizasse a competência que, antes, era institucionalmente e exclusivamente exercida por ele.¹⁶²

¹⁶⁰ Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa é “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum”. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015, p. 20.

¹⁶¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 179.

¹⁶² *Ibidem*, p. 179

3.3.2.1 Aspectos destacados da Lei Anticorrupção

Como já demonstrado neste trabalho, a Lei nº 12.846/2013 advém das obrigações assumidas pelo Estado Brasileiro internacionalmente ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE.¹⁶³

Ademais, no relatório da Fase 2 da avaliação do Brasil sobre a aplicabilidade dos termos da Convenção da OCDE, o Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE recomendou que o Brasil tomasse medidas urgentes para estabelecer a responsabilidade direta de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro.

No entanto, em que pese a obrigação assumida internacionalmente tratar apenas de suborno em transação comercial internacional de funcionário público estrangeiro, o legislador nacional, visando suprir uma lacuna existente no sistema jurídico brasileiro, inovou e acabou por estender também a tutela à Administração Pública nacional, impondo, dessa forma, responsabilização às pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra esta. De forma clara, esta vontade do legislador foi expressa na Exposição de Motivos EMI 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, ao declarar que o anteprojeto objetiva resolver a “lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública (...) inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção.”¹⁶⁴

¹⁶³ Nesse sentido: Com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria - do que, aliás, o país já vem sendo cobrado -, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso. *In*: CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Exposição de Motivos EMI 00011 2009**. Ponto 8. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm

¹⁶⁴ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Op. cit. Pontos 2, 4, 6.

Em suma, a Lei Anticorrupção inovou no ordenamento jurídico pátrio e impôs, no plano administrativo e civil, responsabilização objetiva às pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra à Administração Pública Nacional e Estrangeira.

a. Da responsabilização objetiva administrativa e civil da pessoa jurídica

A responsabilização objetiva é aquela que deriva não do comportamento subjetivamente analisado do agente, mas devido a aplicação de princípios jurídicos gerais ou de expressa disposição legal.¹⁶⁵

Importante marcar que, atendendo o comando do artigo 2º, o ato lesivo a ser imputado à pessoa jurídica infratora precisa ser realizado em seu “interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Destarte, resta evidenciado que, da simples leitura da norma, afasta-se a possibilidade de imputação automática de responsabilidade ao ente privado pelo simples fato de figurar em uma relação com a Administração Pública, devendo-se comprovar que a prática lesiva teve como fim beneficiar, ainda que em parte, a pessoa jurídica infratora.¹⁶⁶

Assim, em se tratando de responsabilidade objetiva, aquele que age em nome da empresa, em seu interesse ou em seu benefício, exclusivo ou não, praticando ato lesivo contra a administração pública, atribuirá o referido ato ilícito à própria pessoa jurídica, como se ela própria agisse, independente do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Ressalte-se as seguintes observações:

É preciso considerar não apenas aquele que representa a pessoa jurídica segundo seus estatutos ou contratos sociais, nem apenas os que estão formalmente vinculados a ela por qualquer espécie de relação jurídica documentalmente comprovável (carteira profissional, contrato etc), mas

¹⁶⁵ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: origens, comentários e análises da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53. Vide ainda: A lei impõe, entretanto a certas pessoas em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo o dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexos de causalidade, independente de culpa.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida por lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco. *In*: GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p.54.

¹⁶⁶ DEMATTÉ, Flávio Rezende. p.112

também aqueles que informalmente agem pela empresa, segundo seus usos e costumes comerciais.¹⁶⁷

Ou seja, se o ato lesivo à administração pública for praticado, ainda que parcialmente, em interesse ou benefício da pessoa jurídica, não importa o tipo de vínculo que o agente infrator tenha com ela¹⁶⁸, a responsabilidade para a pessoa jurídica ocorrerá.

A responsabilidade administrativa, segundo as lições de José Afonso da Silva:

Resulta de infração a normas administrativas, sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza também administrativa: advertência, multa, interdição de atividade, suspensão de benefícios etc. A responsabilidade administrativa fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de direito público de impor condutas aos administrados. Esse poder administrativo inerente à Administração de todas as entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, nos limites das respectivas competências institucionais.¹⁶⁹

Já a responsabilidade civil tem como pressuposto a existência de dano e de sua reparação, ela advém da agressão a um interesse jurídico em virtude do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente. Busca-se aqui reconstituir o ordenamento jurídico violado.

b. Bens jurídicos tutelados

Atendendo a disposição do art. 5º, da Lei nº 12.846/2013, os bens jurídicos tutelados são (I) patrimônio público nacional ou estrangeiro; (II) princípios da administração pública; e (III) os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

c. Do sujeito ativo

O parágrafo único da Lei anticorrupção estatui que, independentes se personificadas ou não e ainda que temporariamente, podem ser (i) as sociedades empresárias e às sociedades simples, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado; (II) as fundações, associações de entidades ou pessoas; e (III) as sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro.

¹⁶⁷ POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal et al. **Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 26.

¹⁶⁸ Independe se sócio, diretor, gerente, qualquer empregado, qualquer colaborador, representante ou terceiro.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 848.

d. Sujeito passivo

A tutela conferida pela Lei da Empresa Limpa abrange as pessoas jurídicas de direito público, interno e externo, que são, via de regra, gestoras do patrimônio público. Dessa forma, figuram no polo passivo a Administração Pública nacional e a Administração Pública estrangeira.

A Administração Pública estrangeira veio conceituada no § 1º, do art. 5º, que estabelece que “considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro”, sendo acrescentado ainda, no § 2º, que “equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais”.

e. Da aplicabilidade da Lei Anticorrupção às estatais

As empresas públicas e as sociedades de economia mistas integram formalmente, segundo preceito estabelecido no art. 4º, inciso II, alíneas b e c, do Decreto-lei 200/1967, a administração pública indireta. O regime jurídico das estatais não podendo receber o mesmo tratamento do regime das empresas privadas, pois trata-se de um ente híbrido. Este “hibridismo” deve-se às circunstância que as estatais, apesar de adotarem formas do direito privado, são criadas pelo Estado para a satisfação do interesse público, mesmo quando estão atuando na seara econômica, regendo-se, por conseguinte, por normas de direito público.

Não se pode, no entanto, ignorar a possibilidade de uma estatal praticar atos ilícitos contrários à Administração Pública e, para esta situação, preponderou o entendimento de que se deve ponderar a preservação dos bens jurídicos trazidos pela Lei nº 12.846/2013 com a supremacia do interesse público do ato constitutivo das estatais. Dessa forma, o entendimento prevalente é no sentido de se “aplicar as disposições da Lei nº 12.846/2013 às empresas estatais *cum grano salis*, vale dizer, com algum tempero”¹⁷⁰. Ou seja, é possível a responsabilidade objetiva administrativa e civil das empresas públicas e sociedades de economia mistas pela prática dos atos ilícitos descritos no art. 5º, da Lei nº 12.846/13, independente se prestam serviço público ou

¹⁷⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. 2ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 85.

se exploram atividade econômica em sentido estrito, com a observação de que não se aplicam às estatais as sanções previstas no art. 19, incisos II e III, do referido

É inconteste sobre a possibilidade de realização do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) e da consequente aplicação das sanções previstas no art. 6º, da Lei Anticorrupção, por parte uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista. No regime de direito administrativo sancionador trazido desde a antiga Lei de Licitações, qualquer entidade da Administração Pública podia aplicar sanções, sendo mantido tal regramento na Nova Lei de Licitações.¹⁷¹

f. Da independência das sanções em relação às pessoas naturais

Consoante preceitua o art. 3º da Lei nº 12.846/2013, 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”, complementando ainda que “a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais”.

Resta evidente que a aplicação de sanção às pessoas jurídicas não excluirá a responsabilidade criminal, administrativa e civil, na medida de suas culpabilidades, dos dirigentes, administradores ou quaisquer terceiros que atuem em nome e benefício da pessoa jurídica que praticou ato ilícito contra a administração pública nacional ou estrangeira.

¹⁷¹ Comparativo entre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/2021:

1. Lei nº 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm.

2. Lei nº 14.133/2021:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

g. Dos atos lesivos à Administração pública

Os incisos do art. 5º trazem, exhaustivamente, o rol dos atos considerados lesivos à administração pública, além de descreverem objetivamente as condutas corruptivas que constituem os “atos contra a Administração Pública”.

Impende registrar que o rol trazido nos incisos I ao V replicam condutas já previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como as previstas no Código Penal, na Lei de Improbidade e na Lei nº 12.529/2011.¹⁷²

Nota-se claramente que a Lei Anticorrupção divide as condutas infracionais em três tipos: 1. caráter genérico (incisos I ao III); 2. relativos às licitações e contratos administrativos (inciso IV); e 3. relacionados à atividade de investigação e fiscalização dos órgãos administrativos (inciso V).¹⁷³

São atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira de caráter genérico:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

Cuidando do inciso I, verifica-se a necessidade de se cumprir alguns requisitos para que esteja configurado o ato ilícito. O primeiro deles é efetivamente ocorrer ou a promessa, ou a oferta, ou o pagamento, ou a doação, ou a entrega, direta ou indiretamente, de vantagem indevida à agente público. Resta, evidenciado, como bem notou Carlos Ayres, “la ley no exige que el agente público acepte la oferta para que se configure el delito”.¹⁷⁴

No que tange ao conceito de ‘vantagem indevida’, esta não foi definida pela lei, mas o sentido dela não se restringe ao caráter financeiro ou econômico¹⁷⁵, também não se

¹⁷² Denominada de Lei do CADE ou Lei Anticoncorrencial. BRASIL. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm .

¹⁷³ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 59.

¹⁷⁴ AYRES, Carlos. **Brasil: Normativa de Compliance Destacada**. In: SACCANI, Raul R.; OLIVER, Gustavo L. (Directores). Morales. *Tratado de Compliance*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 345. Tradução livre: a lei não exige que o agente público aceite a oferta para que se configure o delito”.

¹⁷⁵ Nesse sentido, Carlos Ayres ensinou que “la ley no define qué es una ventaja indebida. Se interpreta ampliamente que incluye beneficios tangibles e intangibles, como efectivo, entretenimento, viajes, regalos, becas, ofertas de trabajo, etc”. Ibidem, p. 345. Vide ainda: “não se deve confundir, por exemplo,

exige que exista a especificação por parte da pessoa jurídica infratora do benefício pretendido perante o agente público.¹⁷⁶

No que tange ao conceito de agente público estrangeiro, este foi trazido pela própria lei, no § 3º, art. 5º:

Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Já o conceito de agente público nacional, pode-se utilizar a definição trazida no art. 2º, da Lei de Improbidade:

Consideram-se agente público o agente político, o servidor público e 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 referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

No tocante à prática de financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar, comprovadamente, a prática dos atos ilícitos afrontosos à Lei nº 12.846/2013, a principal observação é no sentido que, diversamente do estabelecido no inciso II, é necessário que exista comprovação, que seja feita prova. Segue a lição:

Boa lei faz uso da expressão “comprovadamente” o que se pretende é que seja feita a prova, não apenas do fato mencionado no texto, mas, sobretudo, de que o agente que atuou em nome da pessoa jurídica tinha ciência da destinação do recurso utilizado. O uso da expressão tem manifesto a repercussão em sede probatória, levando ao entendimento de que não basta, aqui, o exame singelo do nexa causal entre o fato, consubstanciado na cessão de recursos para financiamento, custeio, patrocínio ou subvenção, e os atos ilícitos. Mesmo em se tratando de norma que trata de responsabilização objetiva, ao menos nas condutas que utilizam da expressão comprovadamente, cremos estar diante da exigência de vínculo de natureza finalística entre fato e resultado.¹⁷⁷

ações de valorização de imagem institucional de empresas, como A Entrega de brindes sem valor econômico relevante, com a outorga de vantagem capaz de influenciar a decisão do agente público”. *In*: PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. Op. cit. p. 64.

¹⁷⁶ Nesse sentido: “o dispositivo também não exige a especificação do benefício pretendido pelo agente ao prometer, oferecer ou dar aludida vantagem. Assim, para efeito de prova no processo administrativo, cremos que a existência singela do oferecimento caracteriza inflação, sendo desnecessária prova ou especificação do benefício ou favorecimento pretendido pelo autor da proposta”. *In*: *Ibidem*, p. 64.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 64-65.

Note-se ainda que a comprovação do ilícito não precisa ter natureza econômica ou financeira, neste caso a comprovação perpassa pela ocorrência efetiva da conduta da pessoa jurídica infratora ao beneficiar indevidamente o agente público.

Analisando o último inciso de caráter genérico, o inciso III, tem-se como tipo objetivo a utilização, comprovadamente, de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular os reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

As observações anteriores sobre o termo “comprovadamente” continuam valendo para este inciso.

Os atos lesivos à Administração Pública relativos às licitações e contratos administrativos estão descritos no inciso IV e alíneas do artigo 5º da lei ora em debate, e consiste, no tocante a licitações e contratos, (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem; (d) fraudar licitação pública ou contrato; (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública; (f) obter fraudulentamente vantagem ou benefício indevido para modificações ou prorrogações de contratos públicos; ou (g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro.

Da simples leitura textual, verifica-se que a Lei Anticorrupção estabeleceu um rol de tipos objetivos corruptivos relacionados a licitações e contratos. O que se busca é garantir a moralidade das relações entre Administração Pública e o contratado, bem como garantir a segurança e o cumprimento efetivo dos contratos públicos em todos os seus termos.

São atos lesivos à Administração Pública relativos à atividade de investigação e fiscalização dos órgãos administrativos (inciso V) “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

Este ato ilícito necessita de complexa atividade para demonstrar como a pessoa jurídica infratora dificultou os atos de investigação ou fiscalização, até porque a norma não estabeleceu as formas de realização ou que significa ‘dificultar.

h. Das sanções

O artigo 6º da Lei em debate estabelece os ditames referentes à responsabilidade administrativa e suas sanções. O art. 18 da Lei Anticorrupção estatui que a responsabilização administrativa da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial. Assim, 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 ações.

i. Dos parâmetros de dosimetria para aplicação das sanções

Como observado, as sanções são extremamente severas, em especial a multa prevista na esfera da responsabilidade administrativa, o que, no dizer de Flavio Rezende Dematté, “motivou o legislador estabelecer, no artigo 7º da Lei Anticorrupção, nove parâmetros que devem ser observados pela autoridade competente por ocasião do exercício do poder sancionador e da dosimetria das sanções”.¹⁷⁸

Desta forma, a sanção deve guardar proporcionalidade ao ato lesivo praticado pela pessoa jurídica. Assim está estabelecido o art. 7º da Lei da Empresa Limpa:

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

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

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

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

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

X - (VETADO).

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

Para os fins pretendidos neste trabalho, o estudo vai se concentrar no elemento atenuante constituído pela existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, ou seja, na existência do programa de integridade.

¹⁷⁸ DEMATTÉ, Flávio Rezende. Op. cit., p. 117.

A especificação dos parâmetros de avaliação do programa de integridade foi estabelecida pelo Decreto nº 8.420/2015, sendo que tais parâmetros se referem a conceitos já trabalhados tanto na governança corporativa quanto na ética empresarial, agora, contudo, sob a lupa do combate à corrupção¹⁷⁹ através da prevenção, detecção, remediação e punição destes atos quando praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O ordenamento jurídico pátrio conceituou o que é “programa de integridade” no art. 41 do Decreto nº 8.420/2015:

Art. 41. 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 detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

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

Os critérios de avaliação do programa de integridade estão previstos no art. 42 do mesmo decreto, são eles, em breves linhas: (I) comprometimento da alta direção; (II) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos; (III) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros; (IV) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; (V) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; (VI) - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos e nas interações entre setor público e particular; (VII) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; (VIII) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; (IX) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; e (X) monitoramento contínuo do programa de integridade.

¹⁷⁹ Corrupção aqui usada em sentido amplo.

Diante do quanto exposto no presente capítulo, verifica-se que a prevenção de desvios, notadamente relacionados à corrupção, passou a ser tratada não somente por tipos penais incriminadores ou normas civis e administrativas, mas também pela própria organização através da prevenção, detecção, remediação, punição e comunicação às autoridades competentes (quando envolver crimes) dos ilícitos praticados pelos seus agentes e terceiros.

Neste cenário e pensando pela lógica efetiva da prevenção, foram editadas a Lei nº 13.303/16 e o Decreto nº 9.203/2017, que trouxeram o *compliance* público não só como novo instrumento para buscar a preservação do patrimônio público e de uma melhor governança, mas também como nova ferramenta de combate à corrupção e consequente melhor prestação aos cidadãos dos serviços públicos.

4. PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO DE MELHORIA PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Como restou demonstrado no capítulo anterior, o programa de integridade surgiu dentro de um novo panorama mundial, que busca dar mais efetividade ao combate à corrupção.

Verifica-se, no entanto, que para a efetividade do funcionamento desta ferramenta é necessário que o Estado também cuide de afastar as práticas corruptivas de suas estruturas, principalmente porque a corrupção corrói diretamente o patrimônio público e prejudica a eficiência do gasto público, comprometendo as atividades e prestações estatais, gerando descredito na população e enfraquecendo a democracia, acentuando a pobreza e a desigualdade social, além de afastar investidores, reduzindo o crescimento econômico do país e a geração de empregos.

A pesquisa divulgada pela Organização das Nações Unidas¹⁸⁰, publicada dia 09 de dezembro de 2018, no Dia Mundial de Combate à Corrupção, reforça ainda mais a imperiosa necessidade de afastar de dentro do Estado tais práticas, pois revelou-se que 1 trilhão de dólares é pago em propinas anualmente no mundo e que 2,6 trilhões de dólares são desviados por meio de corrupção, o que corresponde a 5% do PIB Global.¹⁸¹

Sabe-se que no Brasil as perdas com corrupção são trilionárias, sendo, segundo estimativa de 2012 realizada pela ONU, perdidos anualmente cerca de 200 (duzentos) bilhões por ano através desta prática nefasta¹⁸². Os trilhões de reais desviados deveriam ter sido utilizados em benefício dos cidadãos brasileiros na prestação de uma melhor saúde, educação, segurança, moradia e infraestrutura pública, ou seja, na concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais trazidos na Constituição Federal de 1988.

¹⁸⁰ A Organização das Nações Unidas, também conhecida pela sigla ONU, cuja fundação data de 24 de outubro de 1945, é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/>.

¹⁸¹ https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf.

¹⁸² <https://www.folhapolitica.org/2013/06/corruptos-desviam-r200-bilhoes-por-ano.htm>

Para garantir a consecução da prevenção, detecção e remediação de práticas corruptivas e atender as recomendações da OCDE sobre governança e integridade pública, bem como o cumprimento dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil, em 2017 foi publicado o Decreto nº 9.203¹⁸³, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo como um dos princípios¹⁸⁴ e mecanismos¹⁸⁵ para o exercício da governança pública a integridade, determinando a instituição do programa de integridade em todos os órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional.¹⁸⁶

Visando dar efetividade à imposição trazida no art. 19 do Decreto supramencionado, a Controladoria Geral da União (CGU)¹⁸⁷, em abril de 2018, determinou a obrigatoriedade da adoção de programa de integridade em todos os órgãos e entidades do Governo Federal através da Portaria nº 1.089, posteriormente alterada pela Portaria da CGU nº 57/2019. Atualmente, diversos estados e municípios já replicaram esta determinação.

4.1 O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A filósofa Martha Nussbaum, ao trabalhar sua ideia de tipos e níveis de dignidade, explicita que existe um “nível mínimo para cada uma das capacidades¹⁸⁸, isto é, um mínimo abaixo do qual não há uma vida decentemente digna para os cidadãos”.¹⁸⁹

¹⁸³ BRASIL. **Decreto Presidencial nº 9.203 de 22 de novembro de 2017**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm

¹⁸⁴ Ibidem, Art. 3º, II.

¹⁸⁵ Ibidem, Art. 5º, I, a.

¹⁸⁶ Ibidem, art. 19.

¹⁸⁷ Órgão do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

¹⁸⁸ Thais Cavalcanti e Elisaide Trevisam lecionaram que a “expressão capacidade jurídica está ligada à ideia de sistema jurídico e ao fato de que todo direito corresponde a um sujeito, necessariamente”. As autoras acrescentam ainda que as capacidades fundamentadas no conceito de liberdade substancial são o “ponto central de uma sociedade desenvolvida. Logo, a promoção das capacidades da pessoa deve configurar uma meta do Estado quando busca alcançar o bem comum e o desenvolvimento humano”. CAVALCANTI, Thais; TREVISAM, Elisaide. **A abordagem das capacidades na Teoria de Amartya Sen sobre Desenvolvimento Humano**. In: Revista Jurídica Unicuitiba, vol. 01, n. 54, 2019. p.190- 191.

¹⁸⁹ NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 220.

Embora os direitos fundamentais tenham suas garantias formuladas abstratamente, estes se consubstanciam através de ações positivas do Estado, ou seja, mediante ações concretas que demandam a utilização de diversos recursos públicos. Neste particular, importante ressaltar que:

A sociedade brasileira, no seu elenco de direitos fundamentais constitucionais, explicitou uma determinada teoria dos bens que são devidos, por justiça, aos seus membros. Alguns são devidos a todos, em virtude da absoluta necessidade para a plena realização humana.¹⁹⁰

Como já compreendido, a corrupção é um fenômeno que não deve ser entendido como “normal”, mas um mal que deve ser combatido, pois é um risco permanente à Administração Pública, além de uma verdadeira ameaça à sociedade democrática e aos direitos fundamentais sociais prestacionais, restando evidenciado que a sua prática representa:

Uma ameaça para o Estado de Direito e a sociedade democrática, seja porque atinge a representação popular, que subentende a separação dos Poderes, seja porque atinge os direitos fundamentais. Neste último aspecto, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, menciona em seu Preâmbulo uma relação de causa e efeito entre a ignorância, o esquecimento e o desprezo dos direitos do homem, e a corrupção dos governos. A corrupção atinge direitos econômicos e sociais, dá lugar a tratamento discriminador e desigual e é fonte de apropriação indevida de bens e do surgimento de monopólios que suprimem ou enfraquecem a liberdade empresarial ou comercial.¹⁹¹

Nota-se que existe uma conexão entre a corrupção e a concretização dos direitos fundamentais, observe-se, por exemplo, que países com altos índices de percepção da corrupção possuem baixos índices de desenvolvimento humano e que o sofrimento dos pobres decorrentes desse tipo de ilícito é exponencial, pois são exatamente estes que precisam mais dos serviços que devem ser prestados pelo Estado, logo são estes os mais penalizados, vez que ficam sem educação, transporte e saúde de qualidade.

¹⁹⁰ BARZOTTO, Luiz Fernando. **Filosofia do Direito: Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. In: Revista do Ministério Público n. 50. Rio de Janeiro: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, p.50.

¹⁹¹ PRADO, Luiz Regis. **A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional** Apud DELMAS-MARTY, Mireille; MANACORDA, Stefano. **La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique. Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, n. 3, 1997. Disponível em: <http://professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Os%20novos%20delitos%20de%20corrup%20e%20tr%20fico%20de%20influ%20ancia%20internacional%20no%20Direito%20brasileiro.pdf>.

É inegável que altos níveis de corrupção em um país atentam diretamente contra a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, até porque o desvio indiscriminado de verbas públicas reduz a capacidade de investimento do Estado.¹⁹²

O Secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, durante sessão ao Conselho de Segurança sobre combate à corrupção pela paz e segurança internacionais em 2018, afirmou que a corrupção é responsável pelo subfinanciamento de escolas e hospitais, pela difícil funcionalidade de instituições, pela produção de um sentimento de desilusão com o governo e que os pobres e vulneráveis sofrem desproporcionalmente os seus efeitos.¹⁹³

As mazelas advindas de atos corruptos também foram evidenciadas na Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública.¹⁹⁴

A corrupção é uma das questões mais corrosivas do nosso tempo. Destrói recursos públicos, amplia as desigualdades econômicas e sociais, cria descontentamento e polarização política e reduz a confiança nas instituições. A corrupção perpetua a desigualdade e a pobreza, impactando o bem-estar e a distribuição da renda e prejudicando oportunidades para participar igualmente na vida social, econômica e política.¹⁹⁵

Buscando exemplificar a correlação direta entre a corrupção e o impacto na concretização dos direitos sociais¹⁹⁶, tendo como primeiro corte exemplificativo o direito à saúde, observa-se quão cruéis e muitas vezes irreversíveis são os efeitos da corrupção sobre o sistema de saúde¹⁹⁷. Segundo levantamentos divulgados em 2021, estima-se que anualmente em todo mundo sejam gastos cerca de US\$ 8,5 trilhões¹⁹⁸ em serviços de saúde, e que pelo menos 10 a 25% dos gastos são consumidos

¹⁹² ZENKNER, Marcelo. Op. cit., p. 87.

¹⁹³ <https://nacoesunidas.org/corruptao-custa-us-26-trilhoes-e-afeta-desproporcionalmente-pobres-e-vulneraveis/>.

¹⁹⁴ Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>.

¹⁹⁵ OCDE, 2017. Op. cit. p. 2.

¹⁹⁶ Como visto no segundo capítulo e também de conhecimento geral, a Carta Magna de 1988 tratou especificamente sobre os direitos sociais nos artigos 6º a 11, sendo que do artigo 7º ao 11 abarcam os direitos trabalhistas e sindicais, estando no artigo 6º a lista dos direitos sociais prestacionais, *in verbis*: “art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

¹⁹⁷ Segundo dados da ONU, em certos países o sistema de saúde pública é visto como a instituição mais corrompida do serviço público, o que afeta inegavelmente o desenvolvimento. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf

¹⁹⁸ Vide: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/350560/9789240041219-eng.pdf> .

diretamente pela corrupção¹⁹⁹. Indubitavelmente, as práticas corruptivas ao dilapidarem o orçamento destinado ao custeio da saúde no Brasil afetam a sustentabilidade do próprio sistema e reduzem a eficiência dos programas de saúde.

Sabe-se que um dos pilares da própria dignidade da pessoa humana é o atendimento de saúde eficiente. A corrupção quando instalada no sistema de saúde acaba por sugar verbas públicas que seriam direcionadas para a prestação de um serviço de qualidade, reverberando na própria estrutura de saúde que muitas vezes se apresenta de forma inacabada, desaparelhada ou sucateada, na falta de médicos para atendimento e no fornecimento regular de medicamentos essenciais, prejudicando diretamente o atingimento do Objetivo 3 de Desenvolvimento Sustentável da ONU.²⁰⁰

A soma destes fatores é vivenciada pela população mais carente que muitas vezes espera longos meses para realizar uma consulta ou um simples exame, quando não a própria condenação à morte²⁰¹ enquanto espera um leito de UTI ou, como foi visto durante à Pandemia do COVID-19, um respirador²⁰² ou mesmo oxigênio.²⁰³

Um retrato claro das consequências do desaparelhamento do sistema de saúde no Brasil é o resultado da pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) em que revela que uma em cada cinco pessoas hospitalizadas por complicações decorrentes do coronavírus veio a óbito sem conseguir acesso a um leito de UTI, tendo como corte os primeiros doze meses da pandemia.²⁰⁴

Estima-se que a corrupção no setor da saúde mata cerca de 140.000 (cento e quarenta mil) crianças por ano no planeta²⁰⁵, alimenta o aumento global da resistência antimicrobiana²⁰⁶ e dificulta a luta contra o HIV/AIDS e outras doenças.²⁰⁷ No Brasil,

¹⁹⁹ Vide: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf.

²⁰⁰ Vide: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/3>

²⁰¹ Há uma lógica inexorável que liga a falta de aparelhamento e atendimento médico à morte que acomete o cidadão que teve o serviço negado ou sem qualidade devido aos desvios de recursos destinados à saúde.

²⁰² Vide notícias: [Governo do Amazonas superfaturou compra de respiradores durante pandemia, afirma CPI - 12/06/2020 - Cotidiano - Folha \(uol.com.br\)](#) ; [PF faz buscas na casa do governador do Amazonas e prende secretária da Saúde por desvios na compra de respiradores \(estadao.com.br\)](#) .

²⁰³ Vide notícias: [Falta de oxigênio causa mortes e revela colapso em Manaus, que já soma mais de quatro mil mortes em 2021 \(fiocruz.br\)](#)

²⁰⁴ Vide notícia: [Covid no Brasil: Uma a cada cinco pessoas hospitalizadas morreu sem acesso a UTI | CNN Brasil](#)

²⁰⁵ Vide artigo de pesquisa: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0026990>

²⁰⁶ Vide: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0116746>

²⁰⁷ Vide: <http://ti-health.org/content/the-ignored-pandemic/>

segundo levantamento realizado pela Comissão de Saúde Global de Alta Qualidade, projeto do jornal científico “The Lancet”, revelou que são perdidas anualmente 153.000 (cento e cinquenta e três mil) vidas brasileiras devido ao atendimento de má qualidade e mais 51.000 (cinquenta e um mil) devido à falta de acesso ao atendimento.²⁰⁸

Tratando agora sob a ótica da prestação do direito fundamental à educação, o retrato atual do Brasil revela uma assombrosa realidade com potencial de ceifar perspectivas de futuro de milhares de crianças, principalmente considerando o mercado global cada vez mais exigente, digital e onde o *metaverso*²⁰⁹ já é uma realidade.

Em dados divulgados em julho de 2021, três mil oitocentas e dezessete escolas brasileiras não possuem energia elétrica, oito mil quinhentos e vinte e sete não possuem saneamento básico, três mil e quatrocentos e quarenta e sete não possuem água e trinta e seis mil e cinquenta e quatro não têm acesso à internet.²¹⁰

Por certo que uma parcela significativa geradora da precariedade das estruturas das escolas públicas brasileiras é a corrupção. Em balanço revelado pela CGU em 2016, revelou-se que entre 2003 e 2016 foram desviados mais de R\$ 2 bilhões dos repasses de verbas federais à estados e municípios destinados à merenda e ao transporte escolar, considerando todo o território nacional. Este mesmo balanço revela que 70% dos desvios de verbas federais atingem os serviços públicos de educação e saúde. A CGU ainda relacionou a má gestão e o desempenho dos alunos ao demonstrar que a média dos Índices de Desempenho da Educação Básica (Ideb) nos locais mais atingidos pela corrupção é menor que a média nacional.²¹¹

Analisando a pesquisa da Transparência Brasil, realizado por meio do projeto “Tá de Pé”, 2.186 (duas mil, cento e oitenta e seis) obras para construção de escolas e creches financiadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) estão paralisadas, sendo que entre 2007 e 2020 foram repassados R\$ 1,3 bilhão de verbas federais para essas obras²¹². Importante salientar que nem sempre a causa raiz da paralisação das obras é devida à corrupção, muitas vezes pode indicar uma

²⁰⁸ Vide: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(18\)31668-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)31668-4/fulltext)

²⁰⁹

²¹⁰ Vide vídeo da fala do Ministro da educação, Milton Ribeiro, à Comissão de Educação da Câmara dos Deputados: <https://www.youtube.com/watch?v=MgME2cislIQ>

²¹¹ Vide notícia: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-01/balanco-da-cgu-mostra-que-foram-desviados-r-2-bilhoes-da-educacao>

²¹² Vide pesquisa: https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Relatorio_TDP_2020.pdf

ineficiência na gestão²¹³, o que também acarretar perdas financeiras para a administração pública.

Em 2017, o economista Guilherme Hirata divulgou um estudo que relacionava problemas éticos e de corrupção com o baixo desempenho dos estudantes no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes²¹⁴. Hirata cruzou os dados da avaliação do Índice de Ética e Corrupção, retirado do Índice Global de Competitividade (IGC), com a média entre as notas dos alunos de cada nação em três provas do Pisa (matemática, literatura e ciências), o resultado foi que países menos éticos possuem desempenhos comparativamente mais baixos no Pisa. Considerando exclusivamente os países que tinham os dois índices, o Brasil entre as 47 nações era o país mais corrupto e possuía a terceira pior média no Pisa.²¹⁵

Os efeitos da corrupção também se estendem aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, atingindo a democracia e gerando descrença nos cidadãos. Neste sentido, uma pesquisa relacionou o nível de confiança no Estado e a percepção da corrupção no governo²¹⁶:

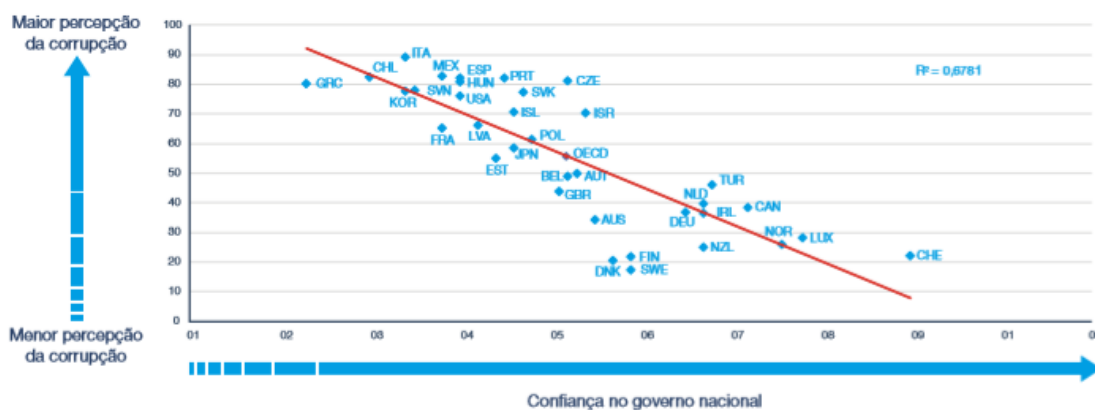
²¹³ A Transparência Brasil ao realizar uma análise de obras paralisadas encontrou que entre as principais causas estavam a contratação de empresas sem condições financeiras para concluir a obra, falhas no planejamento da contratação ou do projeto e deficiências na fiscalização das obras. Ibidem, p. 9. Neste particular, sobressai à necessidade da gestão de riscos nos contratos públicos, que é uma ferramenta do programa de integridade e foi já trazido como obrigatório pela Nova Lei de Licitações.

²¹⁴ O Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa, sigla em inglês que significa *Programme for International Student Assessment*) é um estudo comparativo internacional realizado a cada três anos pela OCDE. O Pisa oferece informações sobre o desempenho dos estudantes na faixa etária dos 15 anos e vincula os dados sobre seus *backgrounds* e suas atitudes em relação à aprendizagem, e também aos principais fatores que moldam sua aprendizagem, dentro e fora da escola.

²¹⁵ Vide estudo: <https://blog.idados.id/corruptao-e-desenvolvimento/>.

²¹⁶ OCDE, 2017. Op. cit., p. 2.

Confiança no governo nacional e percepção da corrupção do governo



A Transparência Internacional anualmente mede e divulga o Índice de Percepção da Corrupção²¹⁷, sendo que em 2021, entre 180 países e territórios avaliados, o Brasil ficou na 96ª colocação no ranking²¹⁸ com IPC de 38 pontos, abaixo da média global (43 pontos), também abaixo da média regional para a América Latina e o Caribe (41 pontos) e ainda mais distante da média dos países da OCDE (66 pontos). O IPC 2021 destacou também a relação direta entre corrupção e violações de direitos humanos, destacando que países percebidos como altamente corruptos têm maior probabilidade de limitar à democracia e atacar os direitos fundamentais de seus cidadãos.

A Controladoria Geral da União (CGU), ao reconhecer o efeito danoso da corrupção na concretização dos Direitos Fundamentais pela administração pública, explica no seu Guia de Integridade Pública que:

Integridade pública, portanto, deve ser entendida como o conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípua: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente. A corrupção impede que tais resultados sejam atingidos e compromete, em última instância, a própria credibilidade das instituições públicas.²¹⁹

Para que o Brasil tenha um futuro sustentável, é imperioso que a corrupção seja tratada em seu âmago e levando em consideração o tripé da prevenção, detecção e

²¹⁷ O **Índice de Percepção da Corrupção (IPC)** é atualmente o principal indicador de corrupção do mundo. Produzido desde 1995, avalia 180 países e territórios e atribui notas em uma escala entre 0 e 100. Quanto maior a nota, maior é a percepção de integridade do país. Vide relatório IPC2021: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>

²¹⁸ Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>.

²¹⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>.

remediação. Da análise do exposto no presente trabalho, a implantação do programa de integridade na administração pública exsurge como corolário lógico como a melhor ferramenta para resposta estratégica à corrupção, principalmente ao considerar que as abordagens tradicionais baseadas na criação de mais leis têm eficácia limitada.²²⁰

4.2 DA REGULAMENTAÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL

Para atender os compromissos anticorrupção internacionalmente assumidos, no final de 2017, foi publicado o Decreto Presidencial nº 9.203²²¹, que trata da governança pública na administração pública federal, trazendo como conteúdo do art. 19²²² a obrigatoriedade do programa de integridade para todos os órgãos e as entidades da administração federal direta, autárquica e fundacional.

Seguindo o conteúdo disposto no Decreto de Governança Pública, verifica-se que, para fins de prevenção, detecção, remediação e punição de atos de corrupção *lato sensu*²²³, o eixo central do programa de integridade da administração pública federal

²²⁰OCDE, 2017. Op. cit. p. 3.

²²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm .

²²²Art. 19, Decreto 9203/2017: Os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:

I - Comprometimento e apoio da alta administração;
 II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;
 III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e
 IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

²²³ Através de uma interpretação teleológica, depreende-se que o programa de *compliance* deverá trazer a prevenção, a detecção, remediação e punição não somente para o tipo penal “corrupção” e “fraude”, mas para práticas de corrupção *em sentido amplo*, o que se coaduna perfeitamente com a definição de corrupção adotada no presente trabalho, estando ainda alinhada às conceituações das Convenções Internacionais, em que não há uma figura penal típica, mas várias condutas que configuram diferentes delitos que acabam por ter o conteúdo de corrupção *lato sensu*. Corrobora-se a está ideia o conceito de programa de integridade previsto na norma regulamentadora do Decreto em debate. O art. 2º, I, da Portaria da CGU nº 57/2019, estabeleceu:

Art. 2º Para os efeitos do disposto nesta Portaria, considera-se:

I - Programa de Integridade: conjunto estruturado de medidas institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e desvios éticos e de conduta;

Restaria sem sentido a criação de um programa de integridade pública para tratar exclusivamente do “tipo penal corrupção”, deixando sem tratamento tantas outras condutas, que embora não sejam

é composto por quatro pilares que juntos estruturam a base inicial da implantação do sistema de integridade pública, sendo estes (I) o comprometimento e apoio da alta administração; (II) a existência de unidade responsável pela implementação; (III) análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e (IV) o monitoramento contínuo do programa de integridade. Insta ressaltar, contudo, que o programa de integridade pública também deverá observância, no que couber, aos parâmetros do programa de integridade que estão previstos no art. 42 do Decreto nº 8.420/15²²⁴, que regulamentou a Lei Anticorrupção.

Visando regulamentar o conteúdo do art. 19 supramencionado, a CGU publicou a Portaria CGU nº 1.089²²⁵, de 25 de abril de 2018, revogada tacitamente pela Portaria CGU nº 57²²⁶, de 04 de janeiro de 2019, indicando que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotassem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade.

A Portaria CGU nº 57/2019 estabelece três fases para a implantação do programa, as duas primeiras relacionadas diretamente à estruturação inicial visando a “construção” dos programas de integridade e a terceira à sua execução e monitoramento. O parágrafo único do art. 7º prevê ainda o que se pode chamar de quarta fase, estando esta relacionada à expansão do alcance do programa implantado para as políticas públicas por eles implementadas e monitoradas, bem como para fornecedores e outras organizações públicas ou privadas com as quais mantenham relação.

A primeira medida adotada para iniciar a estruturação do programa de integridade será a designação de uma Unidade de Gestão da Integridade (UGI). Nesta fase, os órgãos e entidades públicas designam unidade que coordenará a implantação do programa de integridade, compreendendo toda à estruturação, execução e monitoramento, executando, assim, o proposto no plano de integridade. Deve-se também informar, quais unidades do órgão ou entidade pública darão suporte à UGI

tipificadas como corrupção, são facetas de um mesmo mal, compondo, assim, o conceito amplo da corrupção.

²²⁴ Disponível em: Decreto nº 8420 de 18 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm..

²²⁵ Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33467/5/Portaria_1089_2018_CGU.pdf.

²²⁶ Disponível em: file:///C:/Users/rfopp/Dropbox/CGU/Portaria_CGU_57_2019.pdf.

durante o processo de estruturação, execução e monitoramento do programa de integridade.

A UGI pode ser formada por um comitê no órgão ou entidade, pode compreender uma unidade já existente com redesenho de atribuições e funções, pode ser instituída uma nova unidade independente e dedicada exclusivamente ao programa de integridade, bem como ser designado um único servidor público para cumprir o mister, neste caso, contando com o apoio de outras unidades do órgão ou entidade. Importante registrar que é imperioso designar ao menos um servidor para atuar permanentemente na estruturação, execução e monitoramento do programa de integridade

Dando sequência ao projeto de implantação do programa de integridade, o órgão ou entidade deverá aprovar seu Plano de Integridade. Esta segunda fase é composta por quatro etapas preliminares:

- I. Realizar a análise de perfil do órgão ou entidade pública, reunindo informações sobre suas características gerais, tais como: objetivo; principais competências; serviços prestados; estrutura regimental; organograma; setor de atuação; missão, visão e valores institucionais e resumo das principais diretrizes do planejamento estratégico.²²⁷
- II. averiguação da existência e atividades da unidade de integridade do órgão ou entidade pública, bem como a indicação de elementos do programa de integridade já estruturados e sua maturidade no que tange a cada função da integridade organizacional, a saber: a promoção de uma cultura organizacional fundada na ética e de regras de conduta para servidores; promoção da transparência ativa e do acesso à informação; tratamento de conflitos de interesses e nepotismo; tratamento de denúncias; verificação do funcionamento de controles internos e do cumprimento de recomendações de auditoria; e implementação de procedimentos de responsabilização.²²⁸ Em não existindo a unidade de integridade ou estando ausentes elementos necessários para o bom funcionamento do programa de integridade, deve-se apontar as medidas para criação da unidade ou melhorias, respectivamente.

²²⁷ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Manual para a Implementação de Programas de Integridade: Orientações para o setor público**. Brasília: 2017, p. 41. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf

²²⁸ Art. 6º, Portaria da CGU nº 57/2019.

III.O órgão ou entidade pública deverá realizar mapeamento e análise dos seus riscos de integridade²²⁹ e indicar as medidas para tratamento destes. Riscos de integridade são as vulnerabilidades que podem favorecer ou facilitar a ocorrência de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades ou desvios éticos e de conduta, que acabem por comprometer os objetivos do órgão ou ente público²³⁰. São considerados riscos de integridade, exemplificativamente, nepotismo, abuso de posição ou poder em favor de interesses privados; conflito de interesses; exercer pressão interna ilegal ou antiética para influenciar agente público; solicitação ou recebimento de suborno ou vantagem indevida, utilização de verbas e fundos públicos em favor de interesses privados, utilização ou vazamento de informação privilegiadas, etc.²³¹

O mapeamento, análise e tratamento dos riscos de integridade objetivam prevenir e detectar possíveis quebras de integridade. Segundo já esposado pela CGU, são características identificadoras da quebra de integridade:

- É um ato quase sempre doloso, à exceção de certas situações envolvendo conflito de interesses, nepotismo etc.
- É um ato humano - praticado por uma pessoa ou por um grupo de pessoas.
- Envolve uma afronta aos princípios da administração pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, mas se destaca mais fortemente como uma quebra à impessoalidade e/ou moralidade.
- Envolve sempre alguma forma de deturpação, desvio ou negação da finalidade pública ou do serviço público a ser entregue ao cidadão.²³²

IV.Prever como ocorrerá o monitoramento e a realização de atualização periódica do plano de integridade. Esta etapa visa apontar como será feita e com qual periodicidade a avaliação das medidas adotadas pelo programa de integridade. Estas ações garantem que o programa de integridade estará sempre sendo revisto de forma a exercer seu precípua papel de prevenção e detecção, para em caso de mudança de contexto ou regulação, desatualização da realidade fática do órgão ou violação, medidas mitigatórias possam ser implementadas de forma a garantir a eficiência do programa de integridade implementado.

²²⁹ Os riscos de integridade também são nomeados como riscos de corrupção ou riscos à integridade, vide: MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade: orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Brasília: 2018, p. 8-9. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>

²³⁰ Art. 2º, II, Portaria da CGU nº 57/2019.

²³¹ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, 2017. Op. cit. p. 24-25.

²³² Ibidem, p. 13-14.

Após realizada estas quatro etapas preliminares, o órgão ou ente público deverá elaborar e aprovar a primeira versão do seu plano de integridade, levando em consideração o que foi apurado nas referidas etapas preliminares. Em breves linhas, o plano de integridade deve conter o perfil do órgão ou ente público, para além de indicar de forma pragmática as medidas que deverão ser implementadas em determinado período²³³ visando a prevenção, detecção e remediação dos riscos à integridade. O plano aponta de forma sistemática como ocorrerá a estruturação do programa de integridade no órgão ou ente público de forma a demonstrar sua aderência à realidade ou órgão ou ente, bem como seu funcionamento de forma efetiva e sustentável.

A aprovação do plano de integridade é feita pela alta direção de forma a marcar seu comprometimento com o programa de integridade²³⁴ e deverá ser disponibilizada a todos os agentes públicos do órgão ou da entidade e demais partes interessadas.

Na terceira fase, o órgão ou entidade deverá executar e monitorar seu programa de integridade. Esta fase é coordenada pelo UGI e tem como escopo a concretização do estabelecido no plano de integridade aprovado e apresentado. É nesta fase que ocorre a elaboração ou melhorias das unidades responsáveis pela gestão das funções relacionadas à integridade, que foram apresentadas na etapa II da fase 2 da implantação do programa, aqui também seguirá o processo de gestão dos riscos iniciados na etapa III da fase 2 e iniciará o monitoramento e atualização previstos na etapa IV da fase 2, bem como, no que couber, a adoção de outras medidas previstas no art. 42 do Decreto nº 8.420/15, que regulamentou a Lei Anticorrupção.

A quarta fase, como já mencionado, é a expansão do alcance do programa de integridade implantado no órgão ou ente público visando alcançar as políticas públicas por eles implementadas, os fornecedores e as outras organizações públicas ou privadas com as quais mantenham relação.

A implementação do programa de integridade acima apresentada, bem como suas fases e etapas, são destinadas, como mencionado, à administração pública federal

²³³ O plano de integridade deve ser revisto periodicamente.

²³⁴ A CGU criou um guia com um modelo para apresentação do plano de integridade, vide: MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública: Orientações para a administração pública direta, autárquica e fundacional.** Brasília: 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>

direta, autárquica e fundacional. À título elucidativo, impõe informar que diversos estados e municípios brasileiros, seguindo o pregado pela CGU, buscaram instituir normas regulamentadoras da implantação do programa de integridade em suas estruturas. Nesse sentido, seguem os seguintes exemplos:

Ente Federativo	Norma
Estado do Ceará	Lei Estadual nº 16.717/2018
Distrito Federal	Decreto Distrital nº 39.736/2019
Estado do Espírito Santo	Lei Estadual nº 10.993/2019
Estado de Goiás	Lei Estadual nº 9.406/2019
Estado do Mato Grosso	Lei Estadual nº 10.691/2018
Estado do Mato Grosso do Sul	Decreto Estadual nº 15.222/2019
Estado de Minas Gerais	Decreto Estadual nº 41.185/2017
Estado do Paraná	Decreto Estadual nº 19.8/57/2019
Estado do Rio de Janeiro	Decreto Estadual nº 46.745/2019
Município do Rio de Janeiro	Decreto Rio nº 48.349/2021
Estado de Santa Catarina	Lei Estadual nº 17.715/2019

Em linhas gerais, todas as normas estabeleceram critérios objetivos para a implantação dos seus programas de integridade alinhados com as orientações da CGU.²³⁵

4.2 PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL E MELHORIA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

²³⁵ A escolha do presente trabalho por apresentar o modelo estabelecido para a Administração Pública Federal foi devido ao pioneirismo e maior amadurecimento sobre o tema por parte da CGU.

Conforme apresentado no ponto anterior, o eixo central do programa de integridade da administração pública federal é composto por quatro pilares que juntos estruturam o sistema de integridade pública, visando a prevenção, detecção, remediação e punição de atos de corrupção, fraude e desvios éticos.

O primeiro pilar do programa de integridade da administração pública federal direta, autárquica e fundacional é o comprometimento e apoio da alta administração. Os órgãos e entes públicos devem assentar a construção dos seus programas no comprometimento da alta administração e estes devem demonstrar objetivamente como a alta administração apoia e está comprometida com o programa de integridade, com a cultura de integridade e com o combate aos riscos de integridade.

É uníssono em todas as legislações que versam sobre *compliance*, que o primeiro passo para a elaboração e eficiência do programa de integridade é o efetivo comprometimento e apoio da alta administração. Sobre este tema, lecionam Raul Saccani e Gustavo Morales Oliver:

El respaldo y compromiso del personal directivo, también conocidos como “pautas de ejemplaridad”, son um fator esencial de la cultura institucional. Las “pautas de ejemplaridad” influyen em las normas y los valores com que opera la empresa y a los que se espera que todos los empleados y sócios comerciales relevantes se adhieran. Sobre todo, los directivos deben demostrar que han assumido el programa anticorrupción como propio y, por tanto, considera, a la prevención de la corrupción como uma de sus responsabilidades.²³⁶

Como bem demonstrado por Saccani e Oliver, o "tom da alta administração" influencia a formação da cultura organizacional e serve como norte ético para a construção dos valores institucionais e das normas internas.

Sem o efetivo apoio e comprometimento da alta administração, sobrepuja a possibilidade da construção de um “programa de integridade de papel”²³⁷. Para que

²³⁶ SACCANI, Raul R.; OLIVER, Gustavo L. (Directores). Morales. **Tratado de Compliance**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 22. Tradução livre: O apoio e o comprometimento da alta administração, também conhecida como "tom da alta administração", é um fator essencial da cultura institucional. O "tom da alta administração" influenciam as normas e valores operados pela empresa aos quais todos os funcionários e parceiros comerciais devem aderir. Acima de tudo, a alta administração deve demonstrar que assumiu o programa anticorrupção como seu, e, portanto, considerar a prevenção da corrupção como uma de suas responsabilidades.

²³⁷ Fala-se em “programa de integridade de papel” quando este só existe nos documentos e na formalização, ou seja: quando o programa implantado é incapaz de criar um efetivo sistema para prevenção, detecção, remediação e punição de atos de corrupção, fraude e desvios éticos.

o programa de integridade cumpra eficazmente seus objetivos, a alta administração deve compreender a importância do programa de integridade e está engajada em ser a baliza ética dos demais servidores do órgão ou entidade.

Cabe a alta administração criar estratégias e ações para disseminação da cultura de integridade. Certamente, o aspecto mais importante que garantirá a sustentabilidade dos mecanismos de integridade implementados no órgão ou entidade é a construção e disseminação de uma cultura organizacional ética no setor público. Nesse particular, impõe registrar que, embora os avanços ocorridos nos últimos anos no Brasil para o incremento de um ambiente público íntegro, o maior desafio para a Administração Pública Federal Brasileira, em especial na direta, é a criação e o enraizamento de uma cultura de integridade pública como elemento estruturante dos órgãos e entes públicos.²³⁸

Por outro lado, o caminho a ser percorrido por qualquer entidade pública em direção a uma cultura de integridade se dá essencialmente por meio do alinhamento comportamental dos agentes públicos, o que exige, assim, o desenvolvimento de um conjunto de opções que possibilite ao agente público a permanecer íntegro e afastar os riscos de integridade. Assim, diferentemente das sanções, tem-se aqui a implementação.

Dessa forma, exsurge ainda mais a importância da alta administração ser estandarte ético e através de seu exemplo promover a disseminação da cultura de integridade entre os agentes públicos. Assim, a alta administração não pode agir em suas atuações com elasticidade ética de modo a transmitir a impressão de que o programa de integridade pode ser flexibilizado. O sucesso do programa de integridade está intrinsecamente ligado ao alinhamento da alta administração aos princípios que regem à administração pública e à governança pública.

Evidencia-se claramente que a “credibilidade do programa de integridade está intrinsecamente vinculada ao exemplo prático dos seus gestores, tendo em vista que de nada valem a capacitação e o treinamento quando a alta administração não

²³⁸ GONÇALVES, Márcio Denys Pessanha; DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Estruturação de sistemas de integridade na administração pública direta federal: uma necessidade contemporânea.** In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance no setor público.** Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 12.

demonstra interesse no tema”²³⁹, pois a conduta e as ações da alta administração do órgão ou ente público, como visto, vai amoldar o comportamento dos agentes públicos. Ou seja, sem o comprometimento e apoio visível, expresso, público e inequívoco da alta administração ao programa de integridade e ao fomento da cultura de integridade, o resultado prático da implementação do programa será nenhum ou quase zero, restando o que aqui anteriormente foi denominado de “programa de integridade de papel”.

No caso em estudo, entende-se por alta direção pessoa ou grupo de pessoas que dirige e controla uma organização no mais alto nível²⁴⁰. No caso da administração pública federal, segundo art. 2º do Código de Conduta da Alta Administração Federal²⁴¹, são os (I) Ministros e Secretários de Estado; (II) titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível seis; e (III) presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Muito embora a palavra apoio carregue um *quantum* de subjetividade e, num primeiro pensar, pareça ser difícil de se mensurar na prática, visto o fator genérico e abstrato do conceito de apoio, este elemento pode ser subdividido em dois critérios de aplicabilidade distintos, a saber: (i) liderança e comprometimento, que consiste em deveres, atuações e práticas relacionadas à gestão do programa de integridade, a exemplo da disponibilidade de recursos pessoais e orçamentários para a UGI, bem como a investida da referida unidade de independência e autonomia; e (ii) determinação de papéis, responsabilidades e autoridades organizacionais, consistente no fato de que a gestão de um programa de integridade, para ser efetivo, deva atribuir de forma clara as responsabilidades de todas as autoridades e níveis da

²³⁹ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas Contratações Públicas*. Belo Horizonte: Fórum: 2019, p. 126.

²⁴⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ISO 9000: Sistemas de gestão de qualidade – Fundamentos e vocabulário**. Rio de Janeiro, 2000, p. 8.

²⁴¹ Código de Conduta da Alta Administração Federal, normas complementares e legislação correlata. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://etica.planalto.gov.br/sobre-acep/legislacao/etica3>.

organização, podendo-se, assim, avaliar com clareza o comprometimento de cada uma das autoridades.²⁴²

Impõe ainda esclarecer que o comprometimento e apoio da alta administração deve ser sempre manifestado de forma consistente, séria e responsável. São alguns exemplos de comprometimento e apoio da alta administração: (I) aprovar e monitorar o plano de integridade; (II) envolvimento com o programa de integridade, garantindo, inclusive, que sejam aplicadas medidas disciplinares no caso de desvios em relação às normas internas de integridade; (III) receber os reportes do monitoramento realizado pela UGI; (IV) destinar recursos humanos e financeiros necessários para a estruturação e implementação do Programa; (V) supervisionar o sistema de gestão de riscos da empresa, garantindo que sejam mapeados e mitigados riscos relativos à ocorrência de fraude e corrupção; (VI) agir sempre no interesse público, de modo que a sociedade confie que os recursos geridos estejam sendo utilizados adequadamente no seu interesse; (VII) convencer a média direção da entidade da importância das medidas de integridade, criando mecanismos para encorajar e reforçar esse comprometimento em todos os níveis; e (VIII) agir de acordo com padrões de comportamento, baseados nos valores e princípios constitucionais, legais e institucionais.²⁴³

A alta administração pode expressar seu apoio de outras tantas formas, como, por exemplo, na construção ou aprovação do código de ética e conduta do órgão ou ente público, além de referenciá-los em seus pronunciamentos perante o público interno e externo e participar de treinamentos periódicos sobre seu conteúdo.

Sabe-se que o código de ética e conduta é o principal documento escrito do programa de integridade, em seu conteúdo é encontrado a identidade do órgão e do ente público, que é o conjunto formado pela missão, visão e valores, além do comportamento a ser observado por todos os agentes públicos que lá exercem suas funções, incluindo o da própria alta administração. O código de ética e conduta exerce,

²⁴² CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró, 2019. Op. cit. p. 57 e 59.

²⁴³ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais**. Brasília: CGU, 2015, p. 20. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf.

destarte, o papel de bússola que norteará a comportamento de todos os colaboradores da empresa.

Neste sentido, vale observar as recomendações que o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) pontuou no Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa:

O código de conduta tem por finalidade principal promover princípios éticos e refletir a identidade e a cultura organizacionais, fundamentado em responsabilidade, respeito, ética e considerações de ordem social e ambiental.

A criação e o cumprimento de um código de conduta elevam o nível de confiança interno e externo na organização e, como resultado, o valor de dois de seus ativos mais importantes: sua reputação e imagem.

A administração é responsável por dar o exemplo no cumprimento do código de conduta. O conselho de administração é o guardião dos princípios e valores da organização. Entre suas responsabilidades está disseminar e monitorar, com apoio da diretoria, a incorporação de padrões de conduta em todos os níveis da organização.²⁴⁴

Cumpra ainda salientar que em se tratando de órgãos e entes públicos, o código deve explicitar linhas gerais de caráter principiológico visando disciplinar as interações entre os agentes públicos e os agentes privados.

A alta administração também deve participar da aprovação das políticas e procedimentos de integridade. Tal como o código de ética e conduta, as políticas e procedimentos compõem o arcabouço normativo interno do órgão e ente público, com maior precisão, pode-se dizer que as políticas de integridade são ramificações do código de ética conduta, elas detalham pontos que merecem maior atenção ou que representam maior risco à integridade. São exemplos de políticas: política de relacionamento com setor privado, política anticorrupção, política de prevenção de conflito de interesses, política de doação e patrocínios, política de brindes, presentes e hospitalidades, política do canal de denúncias e proteção ao denunciante de boa-fé, dentre outras.

Todos estes instrumentos supramencionados aumentam exponencialmente o grau de prevenção dos riscos de integridade, principalmente porque controles preventivos atuam, como bem denominou Bobbio, como medida de encorajamento e influenciam por meios psíquicos que o agente tenha ou não determinado comportamento²⁴⁵.

²⁴⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015. Op. cit., p.93.

²⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 72.

O segundo pilar é a unidade responsável pela implementação e gestão do programa de *compliance* no órgão ou na entidade pública, a já mencionada Unidade de Gestão da Integridade ou UGI.

Compete à UGI (I) coordenar a estruturação, execução e monitoramento do programa de integridade; (II) orientar e treinar os servidores com relação aos temas atinentes ao programa de integridade; e (III) promover outras ações relacionadas à implementação do programa de integridade, podendo contar com o apoio das demais unidades do órgão ou entidade.²⁴⁶

O primeiro passo para que a UGI possa desenvolver com a máxima potencialidade as suas atividades para atingir o propósito da estruturação do programa de integridade é que a alta administração garanta a sua autonomia, forneça recursos materiais e humanos necessários ao desempenho de suas competências e dê acesso às demais unidades e ao mais alto nível hierárquico²⁴⁷. Como visto, tais ações por parte da alta administração demonstra, inclusive, seu comprometimento com a cultura de integridade.

Quanto à autonomia, a ideia é que a UGI tenha liberdade na realização de suas atividades sem necessitar validar ou requisitar aprovação de outras áreas, como, por exemplo, da área de pessoas ou recursos humanos para realizar um treinamento. Em relação aos recursos materiais e humanos necessários, é importante que a UGI disponha de infraestrutura suficiente para dar andamento às suas atividades. Quanto ao acesso às demais unidades e ao mais alto nível hierárquico do órgão ou entidade, isto será imprescindível para a realização algumas atividades do programa, pois não será possível realizar a estruturação, a gestão de riscos e o monitoramento deste sem tratar com as diversas áreas envolvidas e com a alta administração.²⁴⁸

No que tange à estruturação, é importante que a unidade de integridade verifique quais ações serão necessárias para a sua criação ou melhoria, a fim de que ela possa exercer eficazmente as atividades necessárias para que cada uma das funções da

²⁴⁶ Art. 4º, Portaria CGU nº 57/2019.

²⁴⁷ Art. 4º, § 1º, Portaria CGU nº 57/2019.

²⁴⁸ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Guia Prático das Unidades de Gestão da Integridade: orientações para instituição, aperfeiçoamento e uniformização nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Brasília: 2019, p. 8. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>.

integridade organizacional sejam implementadas²⁴⁹. Neste particular, impende registrar uma explicação da da CGU:

É importante ressaltar que não será a UGI responsável por todas essas funções! Uma dúvida ou preocupação comum durante o primeiro ano de estruturação dos programas de integridade foi a de que a UGI precisaria absorver uma ou mais dessas funções relacionadas ao programa de integridade, esvaziando áreas pré-existentes e ficando responsável por mais temas do que consegue lidar. Essa não é a intenção! Na etapa da estruturação, a UGI deverá apenas verificar se esses processos e funções estão sendo efetivamente implementados e, caso não estejam, notificar a alta administração de que precisa tomar medidas para sua estruturação e aperfeiçoamento.²⁵⁰

É na estruturação da área de integridade que será construída a primeira versão do plano de integridade e serão executadas todas as ações necessárias para sua elaboração previstas na segunda fase da instituição do programa de integridade descrita nos incisos do art. 5º da Portaria CGU nº 57/2019.

Ressalte-se que para o sucesso e organização da UGI, recomenda-se que esta unidade tenha um regimento ou regulamento interno próprio, trazendo não somente regras sobre seu funcionamento, atributos e composição, mas também sobre os seus principais procedimentos e atuações visando a efetividade do sistema de integridade a ser implantado.

Após a aprovação do plano de integridade, inicia-se a fase de execução e monitoramento do programa. A execução e monitoramento é também capitaneada pela UGI e seguirá, ao menos inicialmente, o proposto na primeira versão do plano de integridade.

É neste momento que o programa de integridade começa a tomar corpo e efetivamente existir. Esta etapa engloba todo arcabouço estrutural dos elementos do programa de integridade, englobando, em linhas gerais, a construção e robustecimento das unidades responsáveis pelos processos e funções relacionados

²⁴⁹ Segundo o art. 6º, Portaria da CGU nº 57/2019, são funções da integridade organizacional: a promoção de uma cultura organizacional fundada na ética e de regras de conduta para servidores; promoção da transparência ativa e do acesso à informação; tratamento de conflitos de interesses e nepotismo; tratamento de denúncias; verificação do funcionamento de controles internos e do cumprimento de recomendações de auditoria; e implementação de procedimentos de responsabilização.

²⁵⁰ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2019. Op. cit., p. 11.

à integridade, a continuidade do trabalho de gestão de riscos iniciado na segunda fase da instalação do programa, elaborará as normas, procedimentos e controles internos relativos ao programa implantado, realizará os treinamentos, inclusive, aplicados à alta administração, reforçando o comprometimento desta com a cultura de integridade, realizará as comunicações internas e externas relativas às funções de integridade e do próprio programa implantado, estruturará o canal de denúncias ou dará maior visibilidade aos canais de ouvidoria já existentes.

Importante ressaltar que a UGI poderá contar com apoio das outras unidades dos órgãos e entes públicos para desenvolver todas estas atividades. A gestão de riscos, por exemplo, UGI a apenas auxilia a facilitação realizada pela área responsável por gestão de riscos no órgão ou entidade, agregando o conhecimento que possui sobre a dimensão da integridade, pois são os gestores dos processos quem fazem a maior parte do trabalho²⁵¹.

Considerando o monitoramento, neste aspecto a UGI realizará a supervisão e mensuração da implantação do programa de integridade. Os resultados obtidos destas análises deverão ser reportados periodicamente à alta administração e subsidiarão revisão periódica do plano de integridade e do próprio programa implementado.

O terceiro pilar do programa de integridade nos órgãos e entes públicos é a análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade. O primeiro aspecto que merece destaque é que a análise, a avaliação e a gestão de riscos não são sinônimos. Dessa forma, para que exista o cumprimento deste pilar por parte dos órgãos e entes públicos, necessário segmentá-los por processos distintos – embora de um mesmo macroprocesso²⁵² – e não tratá-los como um único processo só que com diferentes etapas. Sobre o tema, Fernanda Schramm afirmou que:

Análise e gerenciamento de riscos não são sinônimos, e a sua diferenciação é fundamental para o sucesso do programa de compliance. Embora o gerenciamento de riscos pressuponha uma análise inicial, a recíproca não é verdadeira. É bastante comum que as empresas realizem análises de risco pontuais, seja para iniciar a implementação do programa de compliance, seja para avaliar a criticidade de uma determinada situação e subsidiar a tomada

²⁵¹ Ibidem, p. 11.

²⁵² Corroborando com este entendimento, é o ensinamento de Fernanda Schramm: “Nos termos da ISO 31010, a avaliação de riscos é um processo macro que compreende: (i) identificação de riscos, (ii) análise de riscos e (iii) avaliação de riscos”. *In*: SCHRAMM, 2021. Op. cit. p. 233.

de decisão do gestor. Embora seja recomendável, não há garantia de que a análise de riscos será sucedida de um processo de gerenciamento.²⁵³

O segundo aspecto que merece destaque é o conceito de risco. Risco é o efeito da incerteza nos objetivos. O efeito é um desvio em relação ao esperado, pode ser positivo, negativo ou ambos, e pode acabar por criar ou resultar em ameaças ou oportunidades²⁵⁴.

Os riscos podem ser de diversas naturezas. Segundo o IBGC, os riscos podem ser operacionais, financeiros, regulatórios, estratégicos, tecnológicos, sistêmicos, sociais e ambientais²⁵⁵. No entanto, o corte dado pelo Decreto nº 9.203/2017 e replicado pela CGU é o da integridade. A CGU conceituou que risco de integridade é a “vulnerabilidade que pode favorecer ou facilitar a ocorrência de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e/ou desvios éticos e de conduta, podendo comprometer os objetivos da instituição”²⁵⁶. Assim, o escopo do presente trabalho é tratar sobre risco à integridade.

Tratando especificamente sobre o processo de a análise de riscos, este envolve desenvolver a compreensão dos riscos. A ISO 31000:2009 ao tratar sobre análise de riscos estabelece que:

A análise de riscos envolve a apreciação das causas e as fontes de risco, suas consequências positivas e negativas, e a probabilidade de que essas consequências possam ocorrer. Convém que os fatores que afetam as consequências e a probabilidade sejam identificados. O risco é analisado determinando-se as consequências e sua probabilidade, e outros atributos do risco. Um evento pode ter várias consequências e pode afetar vários objetivos.

Convém que os controles existentes e sua eficácia e eficiência também sejam levados em consideração. Convém que a forma em que as consequências e a probabilidade são expressas e o modo com que elas são combinadas para determinar um nível de risco reflitam o tipo de risco, as informações disponíveis e a finalidade para a qual a saída do processo de avaliação de riscos será utilizada. Convém que isso tudo seja compatível com os critérios de risco. É também importante considerar a interdependência dos diferentes riscos e suas fontes.²⁵⁷

²⁵³ SCHRAMM. Op. cit. p. 231-232

²⁵⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 31000:2009, Gestão de riscos – princípios e diretrizes**. Rio de Janeiro: 2009, p. 1. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4656830/mod_resource/content/1/ISO31000.pdf .

²⁵⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015. Op. Cit. p. 91.

²⁵⁶ Art. 2º, II, Portaria CGU nº 57/2019.

²⁵⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2009. Op. cit., p. 18.

Como visto, a análise de riscos permite um aprofundamento sobre os riscos, envolvendo as causas e fontes de risco, bem como suas consequências positivas e negativas e também sua probabilidade de ocorrência.

Como mecanismo de uma mesma engrenagem, a análise de riscos fornecerá dados para a avaliação de riscos e para as decisões sobre a necessidade de os riscos serem tratados e sobre as estratégias e métodos mais adequados de tratamento de riscos. A análise de riscos também ajuda a pavimentar com informações importantes e subsidiar as tomadas de decisões, em que escolhas precisam ser feitas e as opções envolvem diferentes tipos e níveis de risco, isso porque a finalidade da avaliação de riscos é auxiliar na tomada de decisões com base nos resultados da análise de riscos, sobre quais riscos necessitam de tratamento e a prioridade para a implementação do tratamento.²⁵⁸ Nesse sentido, a ISO 31000:2009 estabelece que:

A avaliação de riscos envolve comparar o nível de risco encontrado durante o processo de análise com os critérios de risco estabelecidos quando o contexto foi considerado. Com base nesta comparação, a necessidade do tratamento pode ser considerada²⁵⁹.

Pode-se concluir que para estabelecer o tipo de tratamento que será dado a determinado risco de integridade, primeiramente, deve-se proceder a análise e a avaliação dos riscos a fim de conhecer o grau de exposição do órgão ou ente público àquele risco, bem como a capacidade que ele tem de resposta para o referido risco. O grau é considerado ao menos em dois prismas: probabilidade de ocorrência e impacto.²⁶⁰

No que tange à gestão de riscos, o legislador brasileiro conceituou como, *in verbis*:

O processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.²⁶¹

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ O Impacto pode ser: (i) qualitativo: geralmente relacionado à reputação e imagem; ou (ii) quantitativo: relacionado ao desempenho econômico-financeiro.

²⁶¹ art. 2º. IV, do Decreto nº 9203/17

Resta, destarte, evidenciado que gestão de riscos é a capacidade de uma organização de gerenciar incertezas, sejam elas positivas ou negativas. Por conseguinte, uma gestão de riscos efetiva é aquela que consegue antecipar um maior número de eventos incertos para, após identificado, realizar a sua priorização, tratamento²⁶² e controle. Falar de gestão de riscos é entender como identificar o risco, priorizar e tratar os eventos encontrados.²⁶³

Quanto à metodologia, o Guia Prático para Gestão de Riscos da Integridade da CGU traz uma sugestão, deixando ressalvado ao órgão ou entidade que já possua metodologia de gestão de riscos, a possibilidade de aplicá-la também para as análises relacionadas à integridade. O Guia aponta seis passos para a realização do processo de gestão de riscos para a integridade: (I) seleção e estudo do processo; (II) identificação de riscos; (III) análise de riscos; (IV) avaliação de riscos; (V) tratamento de riscos; e (VI) comunicação e monitoramento.²⁶⁴

Impende registrar que a gestão de riscos deverá considerar também como parâmetro de suas análises os conteúdos de anticorrupção e promoção da integridade contidos nas convenções da OEA, da ONU e da OCDE, dos dispositivos do Código Penal que tratam de corrupção no sentido amplo, da nova Lei de Licitações, da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei do CADE²⁶⁵ e da própria Lei Anticorrupção, além das normas infralegais, tais como o Decreto nº 8.420/15, e os normativos da CGU e dos estados e municípios em que a empresa atuar, entre outros.²⁶⁶

O último pilar estrutural do programa de integridade trazido pelo decreto de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional é o monitoramento contínuo.

O monitoramento contínuo tem como objetivo precípuo medir o desempenho da gestão e da efetividade do programa de integridade por meio de indicadores chave de

²⁶² São formas de tratamento ao riscos: evitar, reduzir (mitigar), transferir (compartilhar) e aceitar (tolerar) o risco, podendo ocorrer a combinação destas.

²⁶³ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. **Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Fórum: 2019, p. 48.

²⁶⁴ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Guia Prático para Gestão de Riscos da Integridade: Orientações para administração pública federal, direta, autárquica e fundacional. Brasília: CGU, 2018, p. 23-45. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>.

²⁶⁵ Lei nº 8.884/1994.

²⁶⁶ VERRÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 281-282.

risco (KPI's), analisando se os controles implementados, dentre eles os normativos internos, procedimentos e treinamentos, estão funcionando adequadamente e se estão ainda aptos para prevenir, detectar e remediar riscos à integridade.

São finalidades do monitoramento: (I) garantir que os controles sejam eficazes e eficientes no projeto e na operação; (II) obter informações adicionais para melhorar o processo de avaliação dos riscos; (III) analisar os eventos, mudanças, tendências, sucessos e fracassos e aprender com eles; (IV) detectar mudanças no contexto externo e interno, incluindo alterações nos critérios de risco e no próprio risco, as quais podem requerer revisão dos tratamentos dos riscos e suas prioridades; e (V) identificar os riscos emergentes.²⁶⁷

Aplicando o conteúdo desenvolvido no presente trabalho sobre os pilares do programa de integridade da administração pública federal direta, autárquica e fundacional à melhoria da concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, tem-se como ponto de partida à prevenção, detecção e remediação da corrupção, ou seja, o afastamento do principal problema que afeta a concretização dos referidos direitos.

Segundo a OCDE, os contratos públicos representam alto risco à corrupção, principalmente por se tratar de uma fonte de prosperidade econômica e social. Eles representam 13% do PIB nos países da OCDE e 1/3 das despesas gerais do governo, mas continua sendo bastante burocrático, ineficiente e altamente vulnerável à corrupção. Já as políticas públicas, elas estão no centro da relação entre população e governos e determinam a qualidade do cotidiano dos cidadãos. A captura de políticas e as decisões sobre políticas públicas quando tomadas distantes do interesse público podem acentuar as desigualdades, prejudicar os valores democráticos, o crescimento econômico e a confiança no governo.²⁶⁸

Tendo em vista a delimitação temática e temporal do presente trabalho, serão analisados dois riscos de integridade que impactam na concretização dos direitos fundamentais. Eles serão analisados transversalmente pela ótica dos quatro pilares a fim de que fique demonstrado como o programa de integridade pode agir eficazmente prevenindo este ilícito. Os eventos de risco de integridade que serão

²⁶⁷ Ibidem, p. 16.

²⁶⁸ OCDE, 2017. Op. cit., p.3.

analisados são: licitações e contratos públicos e: formulação ou execução de políticas públicas.

Considerando licitações e contratos públicos, listamos, exemplificativamente, três possibilidades de eventos de risco: (i) contratação direta fora das hipóteses permitidas; (ii) fraude em aditivos contratuais; e (iii) conflito de interesses ou ingerência em contratos (indicação por parte do agente público de amigos e parentes nos quadros de empregados da empresa que assinou contrato com o poder público).

Considerando a formulação ou execução de políticas públicas, listamos, exemplificativamente, três possibilidades de eventos de risco: (i) corrupção e fraude na celebração ou execução de parcerias com organizações não governamentais (ONGs); (ii) direcionamento para execução de políticas públicas ou liberação de recursos a determinada pessoa física ou jurídica; e (iii) fraudes na concessão de benefícios assistenciais.

O primeiro pilar do programa de integridade é o apoio e comprometimento da alta administração com o programa de integridade. Este apoio e comprometimento, como vimos, o faz atuar como exemplo ético para todo órgão ou entidade pública, bem como estruturar adequadamente as UGIs, participar da construção do programa de integridade e receber reportes sobre seu monitoramento.

A alta direção do órgão ou entidade quando está comprometida com a ética e entende a importância de se fomentar a cultura de integridade, não agiria intencionalmente para praticar nenhum dos eventos de riscos acima expostos. Importante ressaltar que, como vimos, a cultura de integridade quando permeada no órgão favorece o desenvolvimento de um leque de opções que possibilite ao agente público se decidir pela opção que não o conduza a uma quebra de integridade.

Ademais, com a estruturação da UGI e criação dos elementos que robustecem o programa de integridade, tais como código de conduta, políticas e procedimentos de integridade e canal de denúncias, a chance de prevenção e detecção dos desvios aumentam exponencialmente.

Como visto, o código de conduta aponta o comportamento esperado por parte dos agentes públicos nos órgãos e entes públicos, bem como estabelece limites na relação entre agentes públicos e particulares. Neste particular, importante criar políticas de relacionamento com o particular, política anticorrupção e política de

interações com o particular em licitações e contratos. Todos estes documentos, resultados de uma análise previa de riscos, apontam na direção da manutenção de uma relação ética, transparente e baseada na moralidade, indicando também, com clareza e objetividade, o comportamento a ser seguido, com indicação do que é proibido, do que deve ser evitado e do que é permitido.

O canal de denúncias é extremamente importante para a detecção de desvios éticos e práticas corruptivas. No entanto, para seu sucesso, é imprescindível que exista o compromisso com o sigilo e a não retaliação do denunciante.

Tão importante quanto o canal de denúncias é a existência de um processo disciplinar escrito e conhecido por todos, para além da inexistência de quaisquer interferências tendo em vista o autor do fato sob investigação.

Ou seja, com um canal de denúncias conhecido, treinado, que garanta o sigilo e não retaliação, sendo seguido de um processo disciplinar sério e livre de interferências, as chances de se detectar desvios de integridade aumenta exponencialmente, gerando, em sequência, um efeito disciplinador psicológico em todos os agentes públicos, pois afasta a sensação de impunidade, fortalecendo assim a prevenção à desvios relacionados ao tema.

A análise, avaliação e gestão de riscos é fundamental para a efetividade do programa. É a análise de risco quem descortina o conhecimento sobre os riscos, revelando reflexão sobre as causas e as fontes de risco, bem como suas consequências positivas e negativas, e também sua probabilidade de ocorrência. No presente caso, é a análise de risco que permite conhecer os riscos citados como exemplos de eventos de riscos acima e saber suas causas e fontes de risco. Por exemplo, em um processo de licitação, é a análise de risco que permite chegar a eventos de riscos como fraude à licitação, fraude ao caráter competitivo de procedimento licitatório público, contratação direta fora das hipóteses permitidas, direcionamento de licitações, etc.

Com a avaliação dos riscos, classificam-se os riscos com base no impacto e na probabilidade, permitindo, assim, uma ordem de priorização no tratamento dos eventos de risco e a implantação de controles mais adequados. Assim, a avaliação de riscos auxilia na decisão sobre quais riscos precisam de tratamento e qual a priorização.

O processo de gestão de riscos na administração pública direta federal está intrinsecamente ligado ao atingimento dos objetivos dos órgãos e entes públicos, ou seja, está muitas vezes ligado às entregas de políticas públicas e direitos fundamentais sociais prestacionais. Considerando que risco é o efeito da incerteza sobre o alcance dos objetivos, a gestão de riscos é a pedra angular do sucesso do programa de integridade.

A gestão de riscos quando implementada beneficia os cidadãos e, principalmente, a população mais carente que necessita do Estado para ter seus direitos fundamentais sociais prestacionais garantidos. Com a prevenção da ocorrência do desvio do recurso público ou de sua má utilização, o órgão ou ente público utiliza corretamente o recurso público e atinge o objetivo proposto para sua. Nesse sentido, o TCU afirmou:

A gestão de riscos corretamente implementada e aplicada de forma sistemática, estruturada e oportuna gera benefícios que impactam diretamente cidadãos e outras partes interessadas da organização ao viabilizar o adequado suporte às decisões de alocação e uso apropriado dos recursos públicos, o aumento do grau de eficiência e eficácia no processo de criação, proteção e entrega de valor público, otimizando o desempenho e os resultados entregues à sociedade.²⁶⁹

Seguindo as orientações do Escritório para o Controle de Drogas e Prevenção do Crime da ONU (UNODC), os programas de integridade precisam atender a três critérios, quais sejam, a efetividade, a eficiência e a sustentabilidade. A efetividade trata da verificação de que os procedimentos de integridade implantados contribuíram para minimizar os riscos de corrupção, enquanto a eficiência cuida da relação custo-benefício do sistema e a sustentabilidade está relacionada com a manutenção dos resultados positivos do programa (manutenção da efetividade) no longo prazo.²⁷⁰

O monitoramento por tratar da verificação, supervisão, observação crítica ou identificação da situação, executadas de forma contínua, visando mudanças no nível de desempenho requerido ou esperado, pode ser aplicado a riscos, a controles, à estrutura de gestão de riscos e ao processo de gestão de riscos.²⁷¹ Dessa forma, o monitoramento do programa de integridade garante justo à longevidade do sistema

²⁶⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Portaria-Segecex nº 9, de 18 de maio de 2017. Aprova o documento “Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos”**. Ano 36, nº 20. Brasília: 2017, P.10.

²⁷⁰ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime (UNODC). Na Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: a practical Guide, 2013, p. 98. Disponível em: https://css.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf .

²⁷¹ Ibidem, p.63.

implantado e perenidade da efetividade, aumentando não só a prevenção como a detecção de riscos de corrupção, uma vez que possibilita a manutenção do desempenho requerido ou esperado do programa quando desenhado no plano de integridade.

5. CONCLUSÃO

O problema da eficácia dos direitos fundamentais em matéria social tem provocado uma série de debates em torno de vários de seus aspectos jurídicos e políticos. Na intersecção desses dois campos, a questão da corrupção e seus impactos na promoção dos direitos fundamentais tem ganhado uma expressão cada vez maior nos interesses políticos de uma sociedade já desgastada por denúncias versando sobre as improbidades de agentes do Estado e suas instituições em todas as esferas. Como pano de fundo dessa problemática, as desigualdades e injustiças sociais estressam ainda mais a reflexão sobre o quanto a corrupção contribui para um estado de coisas cada vez mais marcado pela precariedade das condições de vida dos cidadãos, pelas omissões do Poder Público e pela revolta diante de estruturas desgastadas e marcadas pela ineficiência.

Foi na esteira dessa problemática que realizou-se o presente trabalho, buscando compreender o papel dos direitos fundamentais em matéria social para a promoção de uma vida digna, mas também para a fruição de outros direitos que só podem ser plenamente eficazes quando são garantidas aos indivíduos condições de existência emancipadoras, que confirmam poder e voz a fim de lhes habilitar à cidadania plena. Mais do que simples valores a orientar as ações do Estado, os direitos fundamentais sociais são, no fim das contas, deveres impostos com o fito de proporcionar as condições de existência e para a realização de uma sociedade mais justa e igualitária, configurando-se como missões a serem levadas a cabo, sob pena da perda da legitimidade não só do sistema político, mas também dos três poderes e dos agentes que compõem os governos em todas as esferas da federação.

Verificada a importância e o papel dos direitos fundamentais e determinadas as medidas para a ação estatal que devem pôr em prática seus ditames por meio da prestação de um fazer ou dar, a nossa reflexão nos levou a considerar quais aspectos afetam – direta ou indiretamente – o cumprimento desses deveres estatais. Dentre as mais variadas formas de ineficiência e os próprios limites financeiros, jurídicos e materiais para a implementação de políticas públicas que visem o adimplemento das prestações devidas em matéria social, um aspecto nos atraiu a atenção, determinando o corte epistemológico dessa pesquisa: o impacto da corrupção, algo largamente

discutido em diferentes esferas, inclusive no debate público, mas que ainda demanda uma análise mais científica, especialmente nas Ciências Jurídicas, haja vista os desafios que se colocaram ao Judiciário e operadores do direito quando este poder se tornou o guardião da integridade pública, última instância da proteção dos direitos e também (e até perigosamente) um agente político ativo.

Valendo-se de legislação e doutrinas estrangeiras e supranacionais, propôs-se aqui uma compreensão da corrupção a partir de uma análise imparcial e comprometida com os parâmetros científicos das Ciências Sociais Aplicadas, com o fito de determinar seu histórico, seus diversos contornos e os desafios políticos e jurídicos que se colocam no horizonte das investigações jurídicas. A partir do estabelecimento desses contornos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais, foi possível construir os fundamentos de uma reflexão sobre a nossa primeira hipótese de pesquisa, a saber: como a corrupção está relacionada à ineficiência e, em alguns muitos casos, ao fracasso na realização de direitos fundamentais, notadamente quando esses dependem de recursos públicos para se concretizarem.

Outrossim, é importante lembrar que, ainda que os direitos fundamentais em matéria social sejam diretamente implicados em prestações de dar e fazer, a eficácia de todo e qualquer direito fundamental, mesmo os de liberdade, determinam algum custo, mesmo não considerando aqui o quanto a eficácia de todos os direitos, em última instância, depende da eficácia dos direitos sociais, como aludido no início desta conclusão.

Isso posto, retomando o problema da pesquisa buscando comprovar a segunda hipótese: que os instrumentos de integridade e suas políticas e procedimentos podem servir para uma maior eficácia dos direitos sociais, na medida em que criam condições capazes de minimizar ou mesmo eliminar as práticas tidas como corruptas e propor formas de ação mais eficazes, que otimizam os recursos públicos em suas diversas dimensões: financeira, logística e jurídica. Aliando conhecimento e prática, haja vista nossa experiência no setor, chegamos a algumas conclusões, que passamos a elencar aqui:

(i) No Brasil, as perdas com corrupção são trilionárias e estes recursos desviados deveriam ser utilizados em benefício dos cidadãos brasileiros na prestação de direitos

fundamentais prestacionais, tais como saúde, educação, segurança, moradia e infraestrutura pública;

(ii) Que os mais vulneráveis, ou seja, a população que está em maior risco, são os mais afetados com os desvios de dinheiro público perpetrados mediante a corrupção. Assim, os cidadãos que mais precisam de políticas públicas e de assistência do Estado para terem seus direitos fundamentais garantidos são os que mais sofrem com a inadimplência estatal no cumprimento das prestações devidas em sede de direitos fundamentais;

(iii) No Brasil, a tutela penal não se apresenta historicamente adequada e eficiente para enfrentar os ilícitos corruptivos, principalmente considerando o prisma preventivo;

(iv) Em contrapartida ao direito penal, em 2014, com o início da vigência da Lei Anticorrupção, avanços foram implementados e resultados foram observados em dois eixos: (i) menor sensação de impunidade, através da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, com aplicação de sanções administrativas e civis mais severas; e (ii) fomento à cultura de integridade através da implementação de sistemas de integridade dentro das empresas privadas e públicas, bem como em diversos órgãos e entes públicos;

(v) Que o sistema de integridade desponta no atual cenário como uma melhor possibilidade para enfrentamento da corrupção, principalmente porque trabalha sob um novo prisma, o preventivo.

(vi) Buscando maior eficiência ao combate à corrupção em seus órgãos e entes públicos, e também em resposta a pressões internacionais, a Administração Pública federal brasileira instituiu a governança pública, tendo como um dos sustentáculos a implementação do programa de integridade em suas estruturas;

(vii) Para dar efetividade à determinação do Decreto de Governança Pública, a CGU regulamentou como deveriam ocorrer, estabelecendo prazos e etapas, e como deveriam ser estruturados e implementados os programas de integridade nos órgãos e entes públicos federais;

(viii) Após a regulamentação da CGU, permeados pela conscientização da importância das medidas de integridade, diversos estados e municípios brasileiros

robusteceram o combate à corrupção, determinando a implementação do programa de integridade em suas estruturas;

(ix) O programa de integridade é uma ferramenta de governança pública que requer a estruturação e sistematização de inúmeros pilares, dentre eles: o comprometimento e apoio da alta administração; a existência de Unidade de Gestão da Integridade; a análise, avaliação e gestão dos riscos de integridade; e o monitoramento contínuo dos atributos do programa implantado, visando a criação de um efetivo sistema de prevenção, detecção, remediação e punição de práticas de corrupção em sentido amplo e desvios éticos, devendo ainda ser observado, no que couber, os demais parâmetros trazidos pelo art. 42 do Decreto nº 8.420/15.

(x) O comprometimento e apoio da alta administração é o principal pilar do programa de integridade. Através do comprometimento da alta direção, pode-se realinhar o enquadramento ético do órgão e do ente público, pois este servirá de exemplo ético a ser seguido. Com o comprometimento da alta administração, induz-se uma cultura de integridade por meio do amoldamento comportamental dos agentes públicos, o que possibilita a construção de modelo em que estes preferirão permanecer na moralidade e na legalidade e afastar atuações que impliquem na quebra de integridade;

(xi) Destarte, o programa de integridade, quando efetivo, é propulsor da transformação organizacional, tendo a ética e os princípios da governança pública como fios condutores, trazendo uma nova perspectiva para a administração pública, em que todos os agentes públicos se sintam estimulados a permanecer adstritos à integridade e a denunciarem suas quebras.

(xii) A criação ou melhoria das UGIs favorece a construção de um programa de integridade efetivo. Por meio das políticas, procedimentos e protocolos desenvolvidos por estas unidades, o programa de integridade é robustecido. Como exemplo dos elementos criados pelas UGIs, tem-se o código de ética e conduta, as políticas de integridade, análise, avaliação e gestão dos riscos, treinamentos periódicos de integridade, comunicações internas e externas, canal de denúncias e processo de responsabilização disciplinar imparcial. Com a implantação destes elementos, foi visto no presente trabalho que ocorre o aumento significativo da prevenção de desvios, bem como a melhoria da possibilidade de detecção e maior seriedade no processo

administrativo disciplinar. Com tudo isto, para além do efeito psicológico preventivo dado pelas normas, treinamentos e comunicações de integridade, reforça-se o fim da impunidade através da melhoria no processo de detecção e na maior efetividade das punições;

(xiii) A análise, avaliação e gestão de riscos é fundamental para que o programa de integridade possa cumprir seu papel de prevenção, detecção e remediação dos riscos de integridade eficazmente;

(xiv) É a análise de risco que descortina o conhecimento sobre os riscos, revelando reflexão sobre suas causas e fontes, bem como suas consequências positivas e negativas, e ainda a probabilidade de sua ocorrência;

(xv) Com a avaliação dos riscos, estes se classificam com base no impacto e na probabilidade, permitindo, assim, uma ordem de priorização no tratamento dos eventos de risco e a implantação de controles mais adequados. Assim, a avaliação de riscos auxilia na decisão sobre quais riscos precisam de tratamento e qual a priorização. Ou seja, os órgãos e entes públicos poderão ser mais precisos em seus esforços anticorrupção, pois haverá maior transparência sobre a realidade fática dos eventos de risco;

(xvi) O processo de gestão de riscos na Administração Pública direta federal está intrinsecamente ligado ao atingimento dos objetivos dos órgãos e entes públicos e às suas entregas de políticas públicas e direitos fundamentais sociais prestacionais. Dessa forma, existe melhoria direta para os cidadãos e, principalmente, para a população mais vulnerável que necessita do Estado para ter seus direitos fundamentais sociais garantidos;

(xvii) O monitoramento contínuo trata da verificação, supervisão, observação crítica ou identificação da situação, visando a manutenção da performance pretendida do programa de integridade, sendo aplicado a todos os elementos do programa e apresentado através da análise de KPIs à alta administração. Dessa forma, o monitoramento do programa de integridade garante a sustentabilidade e a longevidade do sistema implantado e perenidade da efetividade, aumentando não só a prevenção como a detecção de riscos de corrupção.

Em última análise, o programa de integridade é um instrumento de apoio ao gestor público para combater os desvios e uma ferramenta imprescindível da governança

pública, que proporciona aos administradores públicos eficiência e segurança para a consecução dos fins previamente estabelecidos aos órgãos e entes públicos.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o programa de integridade é um instrumento para a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, uma vez que, através da implementação dos mecanismos estudados no presente trabalho, a corrupção e as perdas por desvios éticos são mais eficazmente combatidas, proporcionando maior efetividade na entrega dos direitos e serviços aos cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de.e GICO JR., Ivo. **Corrupção e judiciário – a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção.** In: BOTTINO, Thiago e MALAN, Diogo (coord.). Direito penal e economia. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

AMUNDSEN, Inge. **Political corruption: An introduction to the issues.** Bergen, Norway: Chr. Michelsen Institute, 1999.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação de Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010

_____. **Entre o passado e o futuro.** Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016.

_____. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo.** Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica.** (1a parte da 2a parte, questão XCI, art. II). Disponível em: <https://hjq.com.ar/sumat/>

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 31000:2009, Gestão de riscos – princípios e diretrizes.** Rio de Janeiro: 2009, p. 1. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4656830/mod_resource/content/1/ISO31000.pdf .

_____. **NBR ISO 9000: Sistemas de gestão de qualidade – Fundamentos e vocabulário.** Rio de Janeiro, 2000.

AYRES, Carlos. **Brasil: Normativa de Compliance Destacada.** In: SACCANI, Raul R.; OLIVER, Gustavo L. (Directores). Morales. *Tratado de Compliance.* Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. In: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais.** v. 2, n. 2: Curitiba, Jul./Dez. 2016.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **Filosofia do Direito: Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito.** In: Revista do Ministério Público n. 50. Rio de Janeiro: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 59.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm .

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

_____. **Decreto nº 3678 de 30 de novembro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm.

_____. **Decreto Presidencial nº 4.410 de 07 de outubro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/2002/D4410.htm.

_____. **Decreto Presidencial nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm.

_____. **Decreto Presidencial nº 9.203 de 22 de novembro de 2017**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm

_____. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm.

_____. **Lei Nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm .

_____. **Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm .

_____. **Lei nº 10.467 de 11 de junho 2002** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10467.htm.

_____. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm .

_____. **Lei nº 12.683 de 09 de julho de 2012**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm .

_____. **Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-publicacaooriginal-140647-pl.html>.

_____. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm.

_____. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. **Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Fórum: 2019.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas Contratações Públicas**. Belo Horizonte: Fórum: 2019.

CAVALCANTI, Thais; TREVISAM, Elisaide. **A abordagem das capacidades na Teoria de Amartya Sen sobre Desenvolvimento Humano**. In: Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 01, n. 54, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_fundamentos_dos_dh.pdf .

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Exposição de Motivos EMI 00011 2009**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais**. Brasília: CGU, 2015, p. 20. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf.

_____. **Guia Prático das Unidades de Gestão da Integridade: orientações para instituição, aperfeiçoamento e uniformização nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Brasília: 2019, p. 8. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As vias da Internacionalização e o Cenário Brasileiro**. In: FÖPPEL, Gamil. Coord. Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.

COUNCIL OF EUROPE. **Organised crime situation report 2005: focus on the threat of economic crime**. Strasbourg, Dec. 2005, p. 19. Disponível em: <https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf> .

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo: Segundo a jurisprudência do STJ e do STF**. São Paulo: Atlas, 2011.

COURTINE-DÉNAMY, Silvie. **Hannah Arendt**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

CORREIA, Adriano. **Hannah Arendt e a Modernidade. Política, economia e disputa por uma fronteira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9º ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2017.

DEMATTE, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12846/2013 segundo o direito de intervenção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 33, ed. Revista dos Tribunais, p. 49.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERGUSON, Gerry. **Global corruption: law, theory & practice**. 3º ed. Victoria: University of Victoria, 2018.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial**. Vol. 4. 1959. São Paulo: José Bushatsky.

Glicério de Oliveira Filho, J. & Bárbara Carneiro Föppel El Hireche, R. (2021). **Combate à corrupção nas contratações públicas como política pública**. In: Revista Científica Do CPJM, 1(02).

GLOECKENER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GRANDIS, Rodrigo de. **O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro**. DE CARLI, Carla Veríssimo. Coord. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HINES JR., James R. **FORBIDDEN PAYMENT: FOREIGN BRIBERY AND AMERICAN BUSINESS AFTER 1977**. In: Nat'l Bureau of Econ. Res. Working Paper. n. 5266, 1995.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução Rosaura Eichenberg.— São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Huntington, S. P. **Political Order In Changing Societies**. New Haven: Yale University Press, 1968.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015.

JEVEAUX, Mariana de Almeida. **Breve histórico da Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)**. In: NASCIMENTO, Juliana. CRESPO, Liana Irani Affonso Cunha. *Mulheres em Compliance: desde o programa de compliance até os seus impactos na sociedade*. Curitiba: Editora Íthala, 2020.

KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H. Lindsey. **Corrupt Cities. A Pratical Guide to Cure and Prevention**. Washington: World Bank Publications, 2000.

KOBOR, Emery. **Money laudering trends**. In: United States Attorneys' Bulletin, Columbia. v. 55, nº 5, set/2007.

KOEHLER, Mike. **The Story of the Foreign Corrupt Practices Act**. In: OHIO STATE LAW JOURNAL, vol. 73:5, 2012, p. 950-960. Disponível em <https://fcpa.stanford.edu/academic-articles/20120101-the-story-of-the-fcpa.pdf> .

LIMA, Vinicius de Melo; GULARTE, Caroline de Melo Lima. **Compliance e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro**. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 82. jan. 2017 – abr. 2017. Porto Alegre, p. 120-121. Disponível em: http://amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527273276.pdf .

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade das culturas. In: **Revista Estudos Avançados**, n.30. São Paulo: USP, 1997.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, **Convenção da OCDE contra o suborno transnacional**, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf> .

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública: Orientações para a administração pública direta, autárquica e fundacional**. Brasília: 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>

_____. **Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade: orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Brasília: 2018, p. 8-9. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>

_____. **Manual para a Implementação de Programas de Integridade: Orientações para o setor público**. Brasília: 2017, p. 41. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profip.pdf

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 188, out./dez.: Brasília, 2010.

MOURALIS, Guillaume. **Le Moment Nuremberg: Le procès international, les lawyers et la question raciale**. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2019.

New Advent Enciclopedia: “Catholic”. Disponível em <https://www.newadvent.org/cathen/03449a.htm>

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NYE, Joseph S. **Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis**. In: *The American Political Science Review*, Vol. 61, No. 2. Washington: American Political Science Association, 1967.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> .

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Contra a Corrupção**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. BRAZIL: PHASE 2 – REPORT ON THE APPLICATION OF THE CONVENTION ON COMBATING BRIBERY OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS AND THE 1997 RECOMMENDATION ON COMBATING BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/39801089.pdf> .

_____. **Commentaries on convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions.** Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/combattbribe2.pdf>

_____. **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.** Paris: OCDE, 1997.

_____. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública.** Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378> .

_____. **Relatório sobre a implementação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais no Brasil – Fase III,** outubro de 2014.

PAGOTTO, Leopoldo. **Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil.** In: DEL DEBBIO, Alessandra, MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas Anticorrupção e Compliance.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: origens, comentários e análises da legislação correlata.** São Paulo: Saraiva, 2014.

POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal et al. **Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional** *Apud* DELMAS-MARTY, Mireille; MANACORDA, Stefano. **La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique. Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé,** n. 3, 1997. Disponível em: <http://professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Os%20novos%20delitos%20de%20corrup%20e%20tr%20fico%20de%20influ%20ancia%20internacional%20no%20Direito%20brasileiro.pdf>.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito.** Tradução Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RANCIÈRE, Jacques. Who is the Subject of the Rights of Man? **South Atlantic Quarterly.** Vol. 103, Issue 2-3 (Spring/Summer 2004). Durham: Duke University Press, 2004, pp. 297–310

Rose-Ackerman, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform.** Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SACCANI, Raul R.; OLIVER, Gustavo L. (Directores). Morales. **Tratado de Compliance: Tomo II.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. 2ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 85.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: um contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008

SARLET, Ingo. *et. alli*. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. 2a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 179.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. **Compliance nas contratações públicas: Atualizado conforme a nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) e a ISO 37301:2021**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEVENSON, Drury D; WAGONER, Nicholas J. **FCPA Sanctions: Too Big to Debar?** v. 80. Fordham L. Rev. 775, nov. 2011.

TARUN, Robert W. e TOMCZAK, Peter P. **The Foreign Corrupt Practices Act Handbook: A Practical Guide for Multinational General Counsel, Transactional Lawyers and White Collar Criminal Practitioners**. 5ª ed. American Bar Association, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Portaria-Segecex nº 9, de 18 de maio de 2017. Aprova o documento “Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos”**. Ano 36, nº 20. Brasília: 2017, P.10.

UNITED NATIONS. **Handbook on Pratical Anti-Corruption Measures for Prosecutor and Investigator**. Viena, june 2005.

_____. **United Nations Convention Against Corruption**. New York, 2004.

UNITED STATES. **Abuses of Corporate Power**. Hearings Before the Subcomm. on Priorities and Econ. in Gov't of the Joint Econ. Comm., 94th, Cong. 13, 1976a.

_____. **Foreign and Corporate Bribes.** Hearings Before the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs, 94th, Cong. 46. Washington, U.S. Gov. Print. Off., 1976b.

_____. **House of Representatives Report nº. 95-640.** 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>

_____. **Protecting the Ability of the United States to Trade Abroad.** Hearing Before the Subcomm. on Int'l Trade of the S. Comm. on Fin., 94th, Cong. 1–2, 1975.

UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE. **Unclassified Summary Of Foreign Competitive Practices Report.** Oct. 1995

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Foreign Corrupt Practices Act.** 2020.

UNITED STATES SENATE. **REPORT OF THE SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION ON QUESTIONABLE AND ILLEGAL CORPORATE PAYMENTS AND PRACTICES.** Reimpressão em *Special Supplement*, Sec. Reg. & L. Rep. (BNA), nº 353, 1976. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices-1976.pdf> .

_____. **Senate Report nº 94-1031.** 1975-1976. Disponível em: [S.Rept 94-1031 | Congress.gov | Library of Congress](https://www.congress.gov/libraries/congress) .

_____. **Senate Report nº 95-114.** 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/senaterpt-95-114.pdf> .

VERRÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VERRÍSSIMO, Luiz Fernando. **Etimológicas.** O Estado de São Paulo: Caderno 2, p. C10, 30 de abril de 2015.

WEBER, Patrícia Maria Núñez; MORAES, Luciana Furtado. **Infrações penais antecedentes.** In: DE CARLI, Carla Veríssimo. Coord. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

WILKERSON, Isabel. **CASTA: As origens de nosso mal-estar.** Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., 2011.

ZENKNER, Marcelo. **Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.