

ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA E DE LENIÊNCIA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

PLEA BARGAINING AND LENIENCY AGREEMENTS IN BRAZILIAN
ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAWSUITS

Juliana Padrão Serra de Araújo

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI – Programa de Dupla
Titulação com a Delaware Law School*

RESUMO: O presente artigo aborda a questão da realização de acordos de colaboração premiada e de leniência no âmbito da improbidade administrativa. Para tanto, analisa-se o alcance e as vantagens de tais institutos no combate à corrupção, nas esferas penal e administrativa, no direito brasileiro. Faz-se igualmente uma verificação da disciplina legal atualmente existente sobre o tema, inclusive sobre a vedação da celebração de acordos, contida na Lei de Improbidade Administrativa, bem como dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto. Após, procede-se a uma análise da incoerência lógica existente no microsistema anticorrupção brasileiro, sob uma perspectiva da racionalidade sistemática que deve conter o ordenamento jurídico. Ao final, defende-se a edição de lei que regulamente a realização de acordos de leniência e de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa, de maneira a restabelecer a coerência do sistema legal, garantir a segurança jurídica e promover de forma mais eficaz o combate à corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Colaboração premiada. Acordo de Leniência. Improbidade Administrativa. Microsistema Anticorrupção. Coerência.

ABSTRACT: This article aims to approach the issue of plea bargaining (with cooperating infractors) and leniency agreements in the administrative improbity realm. In order to do so, it analyzes the scope and the advantages of such legal instruments in the fight of corruption, considering the criminal and administrative spheres, in Brazilian legal system. It also verifies the existing legal statutes about the issue, including the prohibition of agreements, determined in Brazilian Administrative Improbity Act, as well as the legal doctrine and precedents concerning the matter. Afterwards, it carries out an analysis of the logical incoherence of the Brazilian anti-corruption legal microsystem, from a perspective of the systematical rationality which the legal system must contain. In the end, it defends the enactment of a legal statute which rules the plea bargaining (with cooperating infractors) and leniency agreements in the ambit of Brazilian administrative improbity lawsuits, in order to restore the coherence of the legal system, guarantee the judicial reliance and to promote, with more efficacy, the tackling of corruption.

KEYWORDS: Corruption. Plea bargaining. Leniency agreement. Administrative improbity. Anti-corruption microsystem. Coherence.

Enviado em: 24-07-2018

Aceito em: 15-09-2019

1 INTRODUÇÃO

A corrupção de agentes públicos é fenômeno endêmico, histórico e recorrente no Brasil, que corrói a confiança da população no governo e em seus agentes, afeta a eficiência do funcionamento da máquina pública e a sua capacidade de cumprir adequadamente as tarefas que são constitucionalmente colocadas a seu encargo, seja pela falta de recursos financeiros, dragados pelos esquemas de superfaturamentos de contratos e pagamento de propinas, seja pela incorreta eleição de prioridades e políticas públicas, motivadas não pelo autêntico interesse público, mas por espúrios objetivos particulares.

Conseqüentemente, a corrupção impacta negativamente todos os setores da sociedade e da economia brasileiras, tornando-se óbice intransponível ao alcance da sustentabilidade, em suas mais variadas acepções.

Para tentar frear a corrupção em âmbito nacional, (a par do necessário investimento em cultura e educação, pois ética e moral são valores que dificilmente podem ser impostos por lei à alma humana), o legislador brasileiro, profícuo na criação de belos e avançados diplomas legais (por vezes descumpridos pelo próprio governo), editou diversas leis que visam a combater e sancionar a corrupção nas suas várias esferas punitivas, num microssistema legal que pretende “fechar o cerco” aos administradores públicos e particulares corruptos, saqueadores dos cofres e da credibilidade do setor público no Brasil.

Ante a complexidade que os esquemas de corrupção geralmente assumem e a conhecida ineficiência do aparato investigatório estatal brasileiro para desvendá-los a contento, foram criados, no sistema legal brasileiro, a exemplo do que já ocorria em outros países, mecanismos legais, como a Colaboração Premiada e o Acordo de Leniência, no âmbito das tutelas criminal e administrativa, respectivamente.

Esses institutos visam a incentivar, mediante a mitigação de sanções, a franca e efetiva colaboração de corruptos ou corruptores nas investigações dos ilícitos penais e administrativos de que participaram ou participem, com vistas à identificação dos agentes envolvidos nos níveis mais elevados das organizações criminosas, à obtenção de provas e à recuperação de ativos desviados – tarefas que dificilmente seriam possíveis sem o auxílio do delator.

Tais mecanismos têm sido utilizados, via de regra, com sucesso, no âmbito da “Operação Lava Jato”, levando a uma sequência de elucidação de esquemas ilícitos nunca antes vista no país.

Entretanto, a Lei de Improbidade Administrativa não foi atualizada de forma a contemplar e regulamentar tais instrumentos – ao contrário, seu texto ainda proíbe a realização de transação e acordos no âmbito das ações de improbidade.

Assim, o presente artigo busca verificar se é possível, viável e juridicamente segura, à vista da legislação atualmente existente no Brasil, a celebração de acordos de colaboração premiada e de leniência, na seara da improbidade administrativa.

Para tanto, faz-se uma breve análise da doutrina pátria existente, com a pontuação de seus diferentes entendimentos sobre o assunto. São investigados, também, os fundamentos de alguns julgados que abordam a matéria, buscando aferir se há uniformidade jurisprudencial acerca do tema.

Procede-se, também, a uma breve análise acerca da coerência do microsistema anticorrupção brasileiro, com vistas a identificar a necessidade de ajustes na legislação pátria, para manutenção de sua integridade enquanto sistema jurídico.

Por fim, defende-se a criação de lei que preveja e regule a realização de acordos de leniência e de colaboração premiada na esfera punitiva da improbidade administrativa, de modo a se obter a desejável segurança jurídica acerca do tema.

Adotou-se o método de pesquisa dedutivo. A técnica utilizada foi a pesquisa de bibliografia e jurisprudência.

2 MICROSSISTEMA LEGAL ANTICORRUPÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, de viés moralizador da atividade pública, foram editados diplomas legais destinados a regulamentar vários dispositivos constitucionais e a complementar a legislação já existente no país, tendente ao combate à corrupção – aqui nesse estudo entendida sob uma ótica mais ampla, que abarca não só as condutas típicas descritas nos artigos 317 e 333 Código Penal, mas também qualquer conduta dolosa e maliciosa, ofensiva a princípios constitucionais que regem a Administração Pública¹.

¹ Art. 37, “caput” da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...” (BRASIL, 1988).

Tais diplomas legais, que foram se acrescentando uns aos outros, acabaram por formar o que a doutrina tem identificado como um microsistema anticorrupção², “voltado à supervisão e à proteção da Administração Pública, da integridade pública e da moralidade e probidade administrativas.” (BRASIL, 2017, p. 6)

Dentre os vários diplomas legais que compõem o assim chamado microsistema de combate à corrupção, destacam-se, para o que interessa ao presente estudo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), a Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993), o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999), a Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013) e, ainda, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013).

O microsistema anticorrupção estende-se “... por distintas esferas de responsabilização e sancionamento...” (BRASIL, 2017, p. 6), as quais, de regra, são independentes entre si, de modo que a mesma conduta ilegal pode gerar ao agente múltiplas penalizações, de diversas ordens, cada qual aplicada em sua esfera de jurisdição, guardada, entretanto, uma correlação lógica mínima entre elas. Nesse sentido, colaciona-se trecho do Estudo Técnico n. 01/2017 – 5ª CCR, elaborado pela Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal:

Ainda que possa não ser totalmente eficaz nem eficiente, mas sendo bastante desenvolvido em termos legislativos, o microsistema anticorrupção funda-se em premissas constitucionais, notadamente as relativas à configuração do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais que o limitam e as estabelecidas no art. 37 da Constituição Federal de 1988. E também espalha-se por distintas esferas de responsabilização e sancionamento - penal, civil em sentido estrito, administrativa, de improbidade administrativa e política -, as quais operam racionalmente, de modo autônomo, mas ao mesmo tempo interdependente, com exceções expressas de necessária interferência recíproca, e que, incidindo sobre o mesmo fato, às vezes comunicando-se até para complementar-se, servem para abarcar as diferentes possibilidades de reparação de danos e um amplo espectro

² Sobre o tema, leciona Leandro Garcia Algarte Assunção: “Muitos dos setores do ordenamento jurídico brasileiro permitem sua compreensão a partir da ideia de microsistemas. (...) A ideia de se conceber a regulação de determinados contextos sociais por meio de microsistemas decorre em grande parte do posicionamento externado por aquele grupo de juristas (...) que se colocam em oposição ao processo de codificação (...), afirmando tratar-se de um processo estático e sem mobilidade para acompanhar os progressos e as rápidas mudanças por que passam as vidas humanas na contemporaneidade (...). Por conta de tudo isso, sustentam que a regulação das relações jurídicas decorrentes da vida humana em sociedade (...) deve se dar preferencialmente por meio de microsistemas, que seriam mais apropriados por apresentarem melhor visão de conjunto de todo o fenômeno (...). Ao reprovar condutas a serem em tese praticadas por pessoas jurídicas e vincular a reprovação a esse tipo de comportamento às vedações estabelecidas na Lei 8.429/92 e na Lei 8.666/90, o legislador brasileiro efetivamente construiu um microsistema de combate à corrupção a proteger o patrimônio público tanto de ataques por parte de agentes públicos, como também por parte de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública...” (ASSUNÇÃO, 2014. p. 266-269).

de punição aos agentes públicos e privados que lesarem o Estado, atendendo a distintos fins na proteção do bem jurídico em questão - a saber, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa e o combate à corrupção -, na expressão democrática da vasta liberdade de conformação do legislador. (BRASIL, 2017, p. 6)

Dentro do microsistema anticorrupção tem-se observado uma tendência, influenciada e encorajada pela experiência bem-sucedida de outros ordenamentos jurídicos, de se instituir mecanismos que incentivem a colaboração de autores de ilícitos com as autoridades públicas, no fornecimento de informações e provas, mediante negociação de sanções que lhes seriam aplicáveis.

Dada a incapacidade do Estado em investigar a contento esquemas mais complexos de corrupção, a vantagem desses novos “negócios jurídicos” parece insuperável, mormente nos casos que envolvem o conluio entre empresas e políticos de mais alto escalão, dada a organização, profissionalização e sofisticação de seus métodos.

Assim, se o combate à corrupção ganha insubstituível ferramenta de detecção e prova das infrações, através de formas negociadas de colaboração entre infrator e Estado, o noticiante e colaborador também é incentivado ao acordo por um sistema racional de benefícios. (BRASIL, 2017, p. 36)

De maior relevância para este estudo destacam-se o acordo de colaboração premiada, aplicável, na esfera de responsabilização penal, a pessoas físicas, autores ou partícipes de infrações penais, e o acordo de leniência, que incide na esfera sancionatória administrativa, aplicando-se apenas a pessoas jurídicas.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada consiste em meio de obtenção de prova na qual o autor do delito, confessando sua participação no crime, negocia com o Estado seu efetivo e eficaz auxílio na investigação criminal em troca de prêmios legais, como a redução ou o perdão das penas aplicáveis.

Muito embora já introduzida na legislação brasileira, para delitos específicos e de forma pontual, desde a Lei dos Crimes Hediondos, a colaboração premiada foi prevista de maneira genérica a partir da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99) a qual, em seus artigos 13 e 14, dispõe sobre o perdão judicial ou a redução de pena aos réus que tenham colaborado efetiva e

voluntariamente com a investigação e o processo criminal, auxiliando na identificação dos demais criminosos, na localização da vítima ou na recuperação do produto do crime.

Entretanto, foi somente com a edição da Lei n. 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas) que o procedimento da colaboração premiada foi estabelecido – o qual passou a se aplicar, por analogia, não somente ao crime organizado, mas também a todas as demais hipóteses de colaboração premiada.

Mesmo visto com reservas por grande parte da doutrina, não se pode negar a imensa utilidade probatória da colaboração premiada, mormente no combate à criminalidade organizada envolvendo crimes contra a administração pública.

Como bem assentou o Juiz Federal Sérgio Moro, em sentença proferida na Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, a colaboração premiada constituiu-se "...instrumento de investigação e de prova válido e eficaz, especialmente para crimes complexos, como crimes de colarinho branco ou praticados por grupos criminosos (...)", sem o qual "...vários crimes complexos permaneceriam sem elucidação e prova possível." (BRASIL, 2017). Extrai-se do julgado:

250. Em outras palavras, crimes não são cometidos no céu e, em muitos casos, as únicas pessoas que podem servir como testemunhas são igualmente criminosos.

251. Quem, em geral, vem criticando a colaboração premiada é, aparentemente, favorável à regra do silêncio, a omertà das organizações criminosas, isso sim reprovável. Piercamilo Davigo, um dos membros da equipe milanese da famosa Operação Mani Pulite, disse, com muita propriedade: "A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir jamais" (SIMON, Pedro coord. Operação: Mãos Limpas: Audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 27). (BRASIL, 2017)

4 ACORDO DE LENIÊNCIA

A seu turno, a Lei 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, foi editada em resposta a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 2003, e dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira.

De acordo com a lei, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente pelos atos, por si praticados, que "atentem contra o patrimônio público

nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” (BRASIL, 2013), podendo ter contra si aplicadas penas que vão desde a multa administrativa até a decretação judicial do perdimento de bens, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a proibição de receber subsídios ou empréstimos de entes e instituições financeiras públicos e a sua dissolução compulsória.

Como já referido, a Lei Anticorrupção criou, em seu art. 16, a figura do Acordo de Leniência, que poderá ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas abrangidas pela lei, que colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, em troca da isenção ou redução das sanções que lhes seriam aplicáveis.

Da colaboração prestada pela pessoa jurídica deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção rápida de informações e provas do ilícito apurado. Além disso, a pessoa jurídica deverá cessar completamente seu envolvimento na infração investigada, confessar sua participação no ilícito e cooperar efetivamente com as investigações e o processo administrativo – não se eximindo da obrigação de reparação do dano causado ao erário.

A intenção do referido dispositivo é incentivar a cooperação das pessoas jurídicas no desvendamento e desmantelamento de esquemas de corrupção de que participem, mediante a oferta da isenção das sanções previstas no inciso II do art. 6º - publicação da decisão condenatória - e no inciso IV do art. 19 - “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público” (BRASIL, 2013), bem como da redução em até 2/3 do valor da multa aplicável, como prevê o art. 16, § 2º da referida lei.

Além disso, em acordo de leniência ainda poderá ser aplicada a isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações, dentre elas, a suspensão temporária de participação em licitação, o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, como dispõe o art. 17 da Lei n. 12.846/2013.

A maior parte da doutrina parece enaltecer as vantagens do Acordo de Leniência, como mecanismo de combate à corrupção. Nesse sentido, assenta Mateus Bertoncini:

Em tese, o acordo de leniência permite o combate mais eficaz e eficiente à corrupção, porque estimula, mediante benefícios ou sanções positivas, que a pessoa jurídica autora dos ilícitos do art. 5º revele a verdade, o que vem ao encontro da preservação e proteção do interesse público primário, dos princípios que governam a administração pública e da finalidade constante do Artigo 1, “a”, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de “promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção.” (BERTONCINI, 2014, p. 190).

5 DESVANTAGENS DA AUSÊNCIA DE INSTITUTOS SEMELHANTES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A fim de regulamentar o artigo 37, § 4º da Constituição Federal³, foi editada, em 2 de junho de 1992, a Lei n. 8.429, que trata dos atos de improbidade administrativa, assim entendidos como os atos ilícitos praticados por agentes públicos que violem os princípios constitucionais que informam a Administração Pública.

Em seu artigo 12, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) prevê a aplicação de sanções aos agentes públicos ímprobos e terceiros beneficiários, graduando-as conforme o ato de improbidade importe prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou somente a violação dos princípios administrativos.

Assim, por força da aplicação da LIA, os usurpadores da moralidade pública estão sujeitos, além da perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ao ressarcimento do prejuízo eventualmente causado ao erário, também às seguintes sanções: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo tempo e na forma previstos na lei.

Entretanto, tendo sido editada há mais de 25 anos, a LIA carece de atualizações legislativas, a fim de acompanhar a evolução do microssistema legal de combate à corrupção, do qual é uma das grandes e pioneiras expoentes.

Institutos semelhantes aos da colaboração premiada e do acordo de leniência, por exemplo, ainda não foram criados na Lei de Improbidade Administrativa – omissão legislativa essa extremamente desvantajosa pois, de um lado,

³ Art. 37, §4º: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

priva o inquérito civil e a ação de improbidade desse importante mecanismo de investigação e de combate à corrupção e, de outro, pode acabar dificultando a formatação de acordos nos âmbitos de responsabilização criminal e administrativo.

Imagine-se a seguinte situação prática: uma pessoa jurídica envolvida num esquema de fraude a licitações, com participação de servidores públicos, pode sofrer as sanções previstas na Lei Anticorrupção, sem prejuízo das penas criminais e administrativas previstas no art. 88 da Lei de Licitações, além das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, no que couber.

Como já referido, tal pessoa jurídica pode vir a firmar um Acordo de Leniência, que implicaria a mitigação de várias sanções que lhe seriam aplicáveis, tais como a isenção da proibição de receber verbas de instituições financeiras e entes públicos, ou da temida declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, além da redução considerável do valor da multa aplicável.

Todas essas benesses, que envolvem economia financeira e preservam a capacidade de recebimento de empréstimos e contratação da empresa com órgãos públicos, podem ser interessantes a ponto de convencer seus dirigentes a assumirem o ônus e o desgaste de delatar os demais integrantes do esquema ilícito e fornecer às autoridades as provas de que disponham.

Entretanto, apesar de celebrar tal acordo de leniência, a pessoa jurídica ainda está sujeita à condenação nas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa que, por força do art. 30, I da Lei Anticorrupção, não são afetadas pela aplicação desta última.⁴

Vale dizer que, apesar de ter acordado as benesses acima, a pessoa jurídica ainda poderá vir a ser condenada⁵, em sede de improbidade administrativa, aos mesmos tipos de sanção que negociou em acordo de leniência: pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Por evidente, a aplicação de tais sanções pelo magistrado, ao sentenciar uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, faria letra morta o acordo antes assinado. Assim, que utilidade teria o acordo de leniência, no

⁴ Art. 30. "A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992."

⁵ Abstraída a reparação do dano ou devolução dos valores auferidos ilicitamente, que ocorre apenas uma vez, sob pena de ofensa ao princípio *ne bis in idem*.

contexto da Lei Anticorrupção, se a pessoa jurídica viesse a ser condenada posteriormente, por aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, a praticamente as mesmas sanções que lhe foram antes suprimidas ou mitigadas?

Da mesma forma, a exclusão das pessoas físicas, mormente os dirigentes da pessoa jurídica, do alcance do acordo de leniência, também constitui grave desincentivo à efetivação prática de tal instituto. Sim, pois se a pessoa física ainda permanece sujeita às graves sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que interesse poderia ter o administrador da pessoa jurídica em confessar os próprios atos por si praticados na gestão da empresa, e produzir prova contra si mesmo, ensejando o ajuizamento de uma ação civil pública por ato de improbidade em que venha a ser réu?

Nesse sentido, assevera Mateus Bertoncini:

A Lei como está não deve estimular propostas de leniência. (...) A exclusão das pessoas naturais do alcance do acordo de leniência, especialmente os ligados à pessoa jurídica, impõe o pacto pelo silêncio entre o dirigente corruptor da pessoa jurídica e o agente público corrupto, o que resulta na preservação da danosa cultura de corrupção presente na esfera pública nacional. Sem alcançar a pessoa física, é evidente que essa não se sentirá estimulada a elucidar os atos lesivos à administração pública, revelando os agentes públicos corruptos e ímprobos que lesam o Estado e a sociedade brasileira. (BERTONCINI, 2014, p. 211)

Mesmo dilema enfrentaria o agente público de mais baixo escalão que, tendo menor participação no esquema, mas colaborado de forma efetiva para a identificação e responsabilização de seus mentores mais graduados, por força de acordo de colaboração premiada firmado na esfera penal, tivesse obtido o perdão judicial dos crimes contra a Administração Pública de que tenha participado.

Abstraindo-se a pena privativa de liberdade (que não se inclui no âmbito da LIA), a colaboração premiada não o isentaria da ameaça da perda do seu cargo público – talvez, a pior pena que lhe poderia ser aplicada. Sim, pois muito embora o perdão judicial afaste o risco da perda do cargo como eventual efeito da condenação penal (art. 92, I, “a” e “b” do CP), tal sanção ainda poderia vir a ser decretada por sentença em uma ação de improbidade administrativa. O mesmo se poderá dizer da pena de multa. Vislumbrando essa possibilidade, talvez o agente público não se sinta tão interessado em produzir prova contra si mesmo e assumir os ônus de delatar superiores hierárquicos. Talvez prefira não colaborar com a justiça e correr o risco de enfrentar a ação penal.

6 A VEDAÇÃO DE TRANSAÇÃO CONTIDA NO ART. 17, § 1º DA LIA COMO IMPEDITIVO À CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE LENIÊNCIA OU DE COLABORAÇÃO PREMIADA EM IMPROBIDADE – DIVERGÊNCIA

A Lei de Improbidade Administrativa, além de não prever instituto semelhante aos do acordo de leniência e da colaboração premiada, ainda proíbe, em seu art. 17, §1º, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações por ato de improbidade administrativa⁶.

A Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2005, revogou expressamente o referido dispositivo, mas acabou por perder sua vigência, por não ter sido convertida em lei, de maneira que remanesce a proibição legal de realização de transação, acordo ou conciliação em improbidade administrativa.

Embora parte expressiva da doutrina já admita em algumas situações a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em improbidade administrativa, no mais das vezes essas hipóteses abarcam apenas acordos acerca dos prazos, termos e condições em que se dará o ressarcimento do dano ao erário, ou a devolução dos valores auferidos ilícitamente, não se aceitando transação para mitigação das sanções legais propriamente ditas, previstas no art. 12 da LIA, haja vista a indisponibilidade da moralidade e do patrimônio públicos.

Nesse sentido, posicionam-se Marino Pazzaglini Filho (2015, p. 224), Arnaldo Rizzardo (2014, pp. 401-402), Daniel Neves e Rafael Oliveira (2017, pp. 222-223), Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 735), dentre outros.

Assim, segundo essa doutrina, o art. 17, §1º da LIA impossibilita a realização de acordos de leniência ou de colaboração premiada no âmbito dos atos de improbidade administrativa – haja vista a proibição de negociação quanto à aplicação das sanções previstas no art. 12 da mesma lei.

Em sentido diametralmente oposto, Nicolao Dino defende que o art. 17 § 1º da LIA "...não constitui obstáculo ao emprego do instituto da colaboração premiada na seara da responsabilização por improbidade administrativa (...)." (DINO, 2016, p. 535)

O autor invoca a técnica da interpretação corretiva de Bobbio para resolução do que chama de "aparente incompatibilidade"⁷ entre as normas que permi-

⁶ Art. 17. "A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput." (BRASIL, 1992)

⁷ Segundo Norberto Bobbio: "A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente

tem a colaboração premiada e o art. 17, § 1º da LIA, que a proíbe.

Refere que a *ratio legis* do aludido dispositivo é a tutela da probidade, a qual seria mais eficientemente alcançada por meio da colaboração dos investigados, ainda que mediante a concessão de benefícios legais:

Para superar a aparente incompatibilidade, é importante repisar a *ratio* do art. 17, §1º da Lei 8.429/92. A finalidade dessa regra (...) é evitar que haja livre e indevida disposição da ação, em prejuízo à tutela do dever de probidade administrativa. Ao revés, a busca da colaboração de investigados/réus infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica abdicar da tutela da probidade, mas sim alcançá-la de modo mais eficiente. (...) Em outras palavras, o emprego da colaboração premiada, na esfera da responsabilização por improbidade administrativa, não implica livre disponibilidade da ação, mas sim o exercício de uma discricionariedade regrada, condicionada pela busca de maior eficiência e efetividade na atuação repressiva do Estado. (DINO, 2016, p. 534).

Waldo Fazzio Júnior, por sua vez, pondera que “o estágio assustador da corrupção pública no País reclama uma leitura mais aberta do tema” (FAZZIO JÚNIOR, 2016, 460-461), defendendo a alteração do artigo 17 da LIA, a fim de que seja permitida ao Ministério Público, “...seja na etapa investigatória, seja no curso de ação de improbidade administrativa, a celebração de acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas” que praticaram ato ímprobo, condicionada a concessão de benesses legais à colaboração eficaz com o inquérito e a ação civil pública, bem como ao ressarcimento ao erário.

O autor reconhece, entretanto, que tal possibilidade ainda não existe no mundo jurídico mas, ao contrário, “...a disciplina dos acordos de leniência na direção apontada carece de aprofundada coleção de alterações legislativas.” (FAZZIO JÚNIOR, 2016, 461-462).

7 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

A mesma disparidade de entendimentos doutrinários acerca da possibilidade de aplicação dos institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência

à qual se encontram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia.” (BOBBIO, 1995, p. 81). “Chamamos as antinomias solúveis de aparentes; chamamos a insolúveis de reais.” (BOBBIO, 1995, p. 92). Bobbio refere que, caso a incompatibilidade entre as normas não puder ser resolvida pelos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade, está-se diante de uma antinomia real, de modo que cabe ao juiz decidir de acordo com a sua discricionariedade (BOBBIO, 1995, p. 100). Nesse caso, pode o juiz “...demonstrar que (as normas) não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais a eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada corretiva. (pp. 102-103)

cia à ação de improbidade administrativa também se verifica na jurisprudência brasileira.

No âmbito da denominada *Operação Lava Jato*, verificou-se inédito precedente do TRF da 4ª Região, que admitiu o recebimento de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa n. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR para efeitos meramente declaratórios. Na aludida ação, o Ministério Público Federal emendou a inicial, em relação a alguns réus, que, após o ajuizamento da demanda, vieram a celebrar acordos de leniência e de colaboração premiada, em outras esferas, pleiteando, assim, a não aplicação de quaisquer das sanções previstas no art. 12 da LIA em relação aos colaboradores, mas somente o provimento declaratório da prática do ato de improbidade em si.

A tese foi acatada em primeiro grau, pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Curitiba. Manejado agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o desembargador relator proferiu decisão monocrática, da qual se extrai:

Com efeito, considerando que a ação de improbidade administrativa se enquadra como ação civil pública, visando à proteção de interesses transindividuais, de cunho difuso, a vedação do art. 17, § 1º, é de todo justificável, em face da indisponibilidade do patrimônio público. Entretanto, passados 24 anos da promulgação da LIA, e como bem referido na decisão agravada, o ordenamento jurídico evoluiu, e para melhor, tendo sido flexibilizada até mesmo a intangibilidade da ação penal, através do novel instituto da colaboração premiada, que excelentes resultados tem apresentado na consecução do interesse público. Ora, se a transação torna-se possível mesmo no âmbito criminal, não há porque não admiti-la excepcionalmente na seara cível. (BRASIL, 2015)

Entretanto, não faltam precedentes jurisprudenciais em sentido contrário, vedando a celebração de acordo em improbidade administrativa - situação que gera inevitável insegurança jurídica, tanto para o operador do direito quanto para os destinatários das normas punitivas.

Pode-se mencionar, por exemplo, o Acórdão n. 698504, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, em ação de improbidade administrativa movida no âmbito do caso que ficou conhecido como "Mensalão do DEM", negou ao delator Durval Barbosa a pleiteada extensão, à seara da improbidade, dos benefícios previstos em acordo de colaboração premiada, firmado com o Ministério Público Federal, no âmbito penal.

Extrai-se do voto do Relator, Desembargador Fernando Habibe:

A chamada delação premiada é instituto próprio da seara criminal, previsto no art. 13 a 15 da Lei 9.807/99. (...)

A improbidade administrativa, por seu turno, é infração cível que prevê penalidades civis diferenciadas, as quais se ligam, especialmente, à reparação do patrimônio e ao afastamento do agente, reconhecidamente ímprobo, do serviço público, o qual, por razões óbvias, exige elevado padrão ético dos administradores.

Uma reflexão crítica sobre as hipóteses de improbidade administrativa é o bastante para se concluir que o ressarcimento ao erário, a proibição de contratar, a proibição da continuidade do exercício do cargo público, a suspensão dos direitos políticos e o pagamento de multa não se comparam com o perdão judicial. No máximo poderia haver diminuição ou inaplicação de multa.

Com efeito, na esfera criminal, a mens legis do instituto da delação premiada é a de que haja uma troca: a delação – para descobrimento da verdade – pela manutenção da liberdade do delator. No caso da improbidade, a moeda de troca não pode ser oferecida, pois importaria na disposição dos mecanismos de proteção do patrimônio público moral e material e esvaziamento por completo da ação. Sob outro aspecto, é de se observar que há identidade na infração criminal e na de improbidade administrativa no que se refere ao dever de reparar o dano. Todavia, neste aspecto, mesmo na órbita criminal, a delação premiada não afasta tal responsabilidade do infrator. Pelo contrário, é condição para a aplicação do benefício que haja a recuperação do produto do crime, o que quer dizer que, em se tratando de corrupção ou outros crimes contra a administração, o dinheiro público desviado deve ser devolvido.

O fato é que deveres de natureza civil, mesmo decorrentes de infrações penais, não se amoldam à redução de pena pela contribuição premiada.

Confrontando estas realidades e suas peculiaridades, não há como se negar distinção entre as hipóteses de infrações, de modo que, não se tratando de situações análogas, inaplicável o instituto criminal na seara da improbidade administrativa. (BRASIL, 2013).

No mesmo sentido, transcreve-se o seguinte precedente, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (...) EXTENSÃO DOS BENEFÍCIOS DA DELAÇÃO PREMIADA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 17, § 1º, DA LEI N. 8.429/92. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE EM RELAÇÃO AOS RÉUS QUE OBTIVERAM DELAÇÃO PREMIADA. SENTENÇA CONFIRMADA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS RÉUS. (...)

8. Não se afigura juridicamente possível a extensão dos benefícios da delação premiada aos requeridos em ação de improbidade, uma vez que se trata de benefício penal e a legislação não prevê qualquer extensão dos benefícios à esfera cível, como fez o julgador. 9. De fato, diferentemente do que ocorre na ação civil pública regida pela Lei n. 7.347/85, em se tratando de ação civil por ato de improbidade administrativa, não há que cogitar na mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público, por aplicação, na espécie, do estabelecido no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92. 10. Sentença reformada em parte em relação aos réus Carlos Eduardo Levischi, Diva da Silva Brígolia e a Lize da Rocha Pereira, para afastar a apli-

cação do benefício da delação premiada, devendo ser extraída cópia integral dos autos a ser remetida à origem, a fim de que o magistrado profira nova sentença, como entender de direito no que concerne a esse réus, sem o aludido benefício. Parcial ressalva do entendimento da relatora que entendia aplicável o disposto no artigo 515, I, do CPC. 11.” (BRASIL, 2014)

Por evidente, essa situação de incerteza jurídica advém da ausência de lei que permita ao Ministério Público, com segurança e previsibilidade, estabelecer qualquer nível de negociação com o agente ímprobo, com vistas à obtenção de colaboração nas investigações de atos de improbidade administrativa.

8 A NECESSIDADE DE RESTABELECEM A COERÊNCIA NO MICROSSISTEMA JURÍDICO ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRO, PARA OBTENÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Ora, parece faltar coerência lógica ao sistema anticorrupção brasileiro na medida em que, em relação a um mesmo ato ilícito praticado, de um lado se admite acordo de colaboração premiada e acordo de leniência (nas esferas penal e administrativa) e, de outro, não se admitem acordos semelhantes na esfera da improbidade administrativa.

Nesse sentido, afirma Nicolao Dino:

É correto afirmar, com efeito, a existência de um microssistema destinado ao enfrentamento da corrupção. Também integram esse microssistema a Lei 12.850/2013, a Lei 12.529/2011 e a Lei 12.846/2013. Em tais diplomas legais, encontram-se disposições relativas à colaboração premiada e ao acordo de leniência. Vale dizer, tanto no que se refere à esfera criminal, como no campo da responsabilização administrativa, há farto regramento acerca da concessão de medidas premiais em prol do investigado/acusado que colabora efetivamente na elucidação do fato e sua estrutura hierárquica, com vistas à ampla punição dos coautores e partícipes da empreitada ilícita.

Ora, em se tratando de um microssistema anticorrupção, do qual é parte integrante a Lei 8.429/92, é fundamental garantir-lhe coerência e funcionalidade, com a extensão daquelas disposições ao campo da responsabilização por improbidade administrativa.” (DINO, 2016, p. 553)

Norberto Bobbio enfatizou a necessidade de coerência do ordenamento jurídico, enquanto sistema normativo. Como bem sintetiza Orlando Luiz Zanon Júnior, segundo a teoria do mestre italiano, “...a ordem jurídica constitui um sis-

tema justamente porque as Normas que a compõem são coerentes umas com as outras, formando um todo íntegro.” (ZANON JUNIOR, 2016, P. 152)

Ao conceituar a categoria sistema, Bobbio dá grande ênfase à necessidade de coerência e ordenação do conjunto sistematizado:

Entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação. (BOBBIO, 1995, p. 71)

Cláudio José Pinheiro, de sua parte, ao tratar da racionalidade na produção legislativa e judicial, estabelece que, no nível de racionalidade jurídico-formal, o sistema jurídico é tido “...não como um *sistema de informação*, mas como um conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas em um sistema (...).” Refere que “[O] fim da atividade legislativa e da atividade judicial é a sistematização”, preconizando que “...as leis e as sentenças constituam um conjunto sem lacunas, sem contradições e redundâncias...” (2002, p. 104). Destaca-se:

Quando o legislador e o magistrado atingem a racionalidade jurídico-formal, na elaboração do comando normativo, estão na realidade objetivando a inspiração do sentimento social de segurança do sistema jurídico. (...) Se uma norma jurídica contribui para *desorganizar a estrutura do ordenamento jurídico*, fica evidente que *ela é irracional* em nível jurídico formal. Esta desorganização da estrutura jurídica pode acontecer, por exemplo, quando: - a produção legislativa e judicial (...) incorre em lacunas e contradições ou introduz critérios alheios aos princípios do ordenamento jurídico.” (2002, p. 105)

De outro lado, Ronald Dworkin, ao tratar da integridade do direito (ou do sistema jurídico), afirma que esta pressupõe os princípios da integridade da legislação e da integridade do julgamento. Segundo Dworkin, o princípio da integridade da legislação “...pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios.” (DWORKIN, 2007, p. 203)

Assim, Dworkin sustenta que a “...integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.” (DWORKIN, 2007, p. 264).

O jurista norte-americano adverte, entretanto, que a integridade do direito não demanda coerência "...em todas as etapas históricas do direito (...); não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior." Ao contrário, a coerência exigida para a integridade do direito é "...mais horizontal do que vertical ao longo de toda gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar."

Claro que Dworkin considera a história uma essencial fonte de busca dos princípios jurídicos que são empregados na aplicação do direito, mas insiste que "[O] o direito como integridade (...) começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine." (DWORKIN, 2007, p. 273-274)

Assim, a proibição de acordos judiciais em ações de improbidade administrativa, que efetivamente justificava-se nos idos de 1992, hoje encontra-se em situação de incoerência com o restante do ordenamento jurídico anticorrupção que foi se construindo ao longo de mais de vinte anos, desde que a Lei de Improbidade Administrativa foi editada.

E a coerência do sistema é inclusive fator essencial à obtenção da tão almejada *segurança jurídica*, entendida por Bobbio como a exigência de *certeza* do ordenamento jurídico:

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. (grifo nosso) (BOBBIO, 1995, p. 113).

Importante, portanto, olhar para o futuro e atualizar a legislação, permitindo e regulamentando os acordos de colaboração premiada e de leniência, em sede de improbidade administrativa, a fim de se alcançar a *integridade* e a *coerência horizontal* do microsistema anticorrupção existente no atual momento

histórico-legal brasileiro, com vistas à obtenção da segurança jurídica, indispensável à estabilidade das relações sociais e da democracia.

9 A NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI PREVENDO E REGULAMENTANDO A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA, COMO IMPERATIVO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Destarte, não há dúvidas de que, ante a já apontada incoerência do microsistema anticorrupção, advogados e seus clientes sentem-se inseguros em revelar seus segredos ao Ministério Público em troca do perdão pelos atos de improbidade administrativa praticados ou da mitigação das sanções a tais atos cominada. De fato, atualmente não há certeza de que um acordo assim entabulado possa efetivamente vir a surtir os efeitos legais pretendidos pelas partes – haja vista a divergência doutrinária e a instabilidade jurisprudencial existentes acerca do tema.

Ora, o sistema jurídico brasileiro se enquadra no sistema da *civil law*, que privilegia a lei escrita, emanada do Poder Legislativo, como principal fonte do direito.

Não se olvida que os precedentes judiciais, característicos do sistema da *common law*, estejam cada vez mais ganhando força no direito brasileiro, a exemplo da criação de institutos como o da súmula vinculante.

Entretanto, é inegável que, na tradição romano-germânica seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, a lei escrita ainda tem preponderância e é levada em consideração pelos tribunais pátrios, geralmente refratários a inovações.

Não é por outro motivo que parte da doutrina, como visto acima, muito embora reconheça salutar a extensão dos acordos de colaboração e leniência à seara da improbidade administrativa, considere indispensável, para tanto, a edição de lei específica autorizando tal hipótese.

Tal inclinação vem bem estampada no seguinte trecho, extraído do voto do Relator, Fernando Habibe, proferido no Acórdão n. 698504, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, antes já mencionado:

Mesmo para aqueles que entendam viável e profícuo que haja a 'contribuição premiada no âmbito da improbidade administrativa, é inegável a necessidade de intervenção legislativa nesse sentido. Do contrário, o Ministério Público, que deve agir como defensor da lei, estará desbordando de suas funções de fiscal para criá-la, pois a

tese defendida em sede de contrarrazões não está adstrita ao mero campo da interpretação, ainda que analógica, mas veicula verdadeira inovação jurídica em situação diferenciada, substituindo-se ao legislador. (Brasil, 2013)

Assim, não se nega a simpatia pelas criativas e bem-intencionadas teses, de viés pragmático, que defendem uma interpretação legal que leve à aplicação imediata dos acordos de colaboração premiada e de leniência à improbidade administrativa, sem necessidade de inovação legislativa para tanto.

Porém, tal solução tem a desvantagem de depender do entendimento, das próprias convicções, enfim, da discricionariedade dos magistrados e tribunais, em cada caso concreto – o que põe em risco a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídica de que o delator necessita para decidir se expor.

De outro lado, é preciso reconhecer que o modelo jurídico brasileiro ainda segue uma forte orientação positivista⁸ – cuja vantagem é privilegiar a segurança jurídica e a previsibilidade do direito.

Como afirma Zanon Junior, o positivismo foi cunhado “num esforço para afastar as incertezas e inseguranças” (ZANON JUNIOR, 2016, p. 125) do modelo jusnaturalista, conferindo segurança jurídica ao ordenamento.

Por fim, não se trata somente de definir se são aplicáveis ou não os acordos de colaboração e leniência na área da improbidade administrativa.

Há também que se dirimir as dúvidas acerca de quais sanções, das previstas no art. 12 da LIA, poderiam ser negociadas e aplicadas em sede de acordo de leniência ou de colaboração premiada e de que forma – haja vista a natureza peculiar de várias delas, a exemplo das que envolvem a suspensão de direitos políticos e a perda do cargo ou da função pública.

Assim, a bem da segurança e da previsibilidade jurídicas, afigura-se urgente que a falta de coerência lógica do microssistema anticorrupção seja prontamente equacionada, não por meio de esforços argumentativos, em cada caso concreto, mas através da edição de lei que definitivamente permita e discipline, de forma segura e detalhada, respeitado acima de tudo o interesse público, a celebração de acordos de leniência e de colaboração premiada, também na esfe-

⁸ “O Positivismo Jurídico (ou Juspositivismo) é o modelo da Ciência do Direito que vem regendo as pesquisas e profissões da comunidade jurídica desde meados do século XIX. Entre os seus aspectos mais marcantes, cabe mencionar a separação entre Direito e Moral, a formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou, ao menos, prevalentemente) por Regras positivadas, a construção de um sistema escalonado só pelo critério da validade formal, a aplicação do Direito posto mediante subsunção e a discricionariedade judicial para resolução dos chamados casos difíceis (hard cases).” (ZANON JUNIOR, 2016, p. 125)

ra da Lei da Improbidade Administrativa, tanto na fase extrajudicial, quanto no curso da ação própria.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inseridos no microssistema anticorrupção brasileiro após a edição da Lei n. 8.429/92, os institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência ainda não foram incluídos no âmbito da improbidade administrativa – muito embora suas vantagens no esclarecimento de ilícitos e obtenção de provas já sejam largamente reconhecidas, tanto no direito estrangeiro, quanto no Brasil, mais recentemente.

A experiência tem mostrado a conveniência de se transigir sanções com investigados colaboradores, para a obtenção de provas que jamais viriam à tona, a elucidação de esquemas ilícitos que jamais seriam desvendados e a identificação de agentes, de mais alta hierarquia e influência política que, por serem “blindados” e atuarem por meio de interpostas pessoas, dificilmente seriam alcançados pela lei – não fosse a colaboração, com a justiça, de um participante dissidente do esquema ilícito. Some-se a tudo isso a possibilidade de recuperação do dinheiro público desviado e fica realmente difícil sustentar o contrário.

Muito embora haja doutrinadores que rejeitem a possibilidade de negociação da aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, taxando-a de aviltante à indisponibilidade do princípio da Moralidade, acredita-se que a ponderação (*balancing*) de outro princípio constitucional, o da Eficiência, poderia advogar em favor da tese da constitucionalidade de uma futura provisão legal que contemplasse os acordos de leniência e de colaboração em sede de improbidade.

Como ensina Aharon Barak, o processo de ponderação (*balancing*) “...é baseado na identificação de valores e direitos relevantes para a resolução de uma questão perante o juiz.” (...). O significado de ponderação e peso está na avaliação da relativa importância social dos valores em conflito.” (BARAK, 2006, pp. 167).

O autor defende que a ponderação se trata de (numa tradução livre) “um ato normativo que pretende conferir às várias considerações jurídicas seus

próprios lugares no sistema legal e a sua importância social na totalidade dos valores sociais.” (BARAK, 2006, p. 168)⁹.

Assim, questiona-se: no atual estágio de desenvolvimento da história jurídica brasileira, a preponderância de qual dos princípios constitucionais conflitantes encontra mais eco nos anseios sociais? A do princípio da Moralidade, aqui extraído do argumento da indisponibilidade da moral pública, a impedir a transação de sanções de improbidade com colaboradores, mesmo que isso importe desperdiçar provas e informações preciosas, que poderiam levar à elucidação de esquemas ilícitos e de seus autores? Ou a do princípio da eficiência, a admitir a disponibilidade regrada de sanções em relação ao colaborador, com vistas a se obter um resultado mais eficiente e efetivo no combate à corrupção, inclusive com a recuperação do patrimônio público desviado?

Muito embora nos pareça evidente a resposta, a grande divergência doutrinária e jurisprudencial, no Brasil, acerca do tema, não favorece a segurança e a tranquilidade na tomada de decisão pela realização desses acordos em sede de improbidade, por parte dos operadores do direito e dos pretendentes colaboradores.

Desse modo, defende-se a edição urgente de lei que preveja e discipline, de forma certa e precisa, a realização de acordos de colaboração premiada e de leniência na esfera da responsabilização por improbidade administrativa – não por apego a teorias positivistas, mas considerando a necessidade de se obter segurança jurídica acerca do assunto.

Claro que o debate é espinhoso, dada a peculiaridade de várias sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, mas se trata de um debate imprescindível, haja vista a premência de se munir o Ministério Público com armas eficientes no combate à corrupção em todas as suas esferas punitivas.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. **Disposições Finais**: comentários aos artigos 22 a 31. *In*: Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coordenação Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 247-271.

⁹ No original: “The process of balancing is based on the identification of values and rights relevant to resolving a question before the judge. (...) The act of weighing is not a physical act but a normative one that is intended to grant the various considerations their proper place in the legal system and their societal worth in the totality of societal values.” (BARAK, 2006, pp. 167-168).

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. 2.ed., Princeton: Princeton University Press, 2006.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Do Acordo de Leniência**. In Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coordenação Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni. 1.ed., São Paulo: Almedina, 2014, pp. 189-220.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 5 outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.429**, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.807**, de 13 de julho de 1999. Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória n. 703**, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Justiça Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível, **Acórdão n. 698504**, Relator Desembargador Fernando Habibe, Relator Designado Arnaldo Camanho de Assis, julgado em 10/07/2013 e publicado em 06/08/2013. Disponível em: <<http://www.pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Lei das Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 4ª Turma, **Apelação Cível n. 0000174-15.2004.4.01.4200**, Acórdão n. 2004.42.00.000173-8/RR, Relator Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Relatora Convocada Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo, julgado em 08/04/2014 e publicado em 02/06/2014. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 4ª Turma, **Agravo n. 5051034-52.2015.4.04.0000**, Relator Desembargador Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 11/12/2015. Disponível em: < https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8040412>. Acesso: em 15 jul. 2018.

BRASIL. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba, Juiz Federal Sérgio Moro, **Sentença proferida na Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**, julgada em 12 de julho de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-condena-lula-triplex.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Combate à Corrupção. **Estudo Técnico n. 01/2017**. Dispõe sobre as inovações da Lei n. 12.846/2013. Brasília: 22 set. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHEIRO, Cláudio José. **Fundamentos e/ou Níveis de Racionalidade da Produção Normativa Legislativa e da Produção Normativa Judicial**. In Revista Novos Estudos Jurídicos, Ano VII, n. 15, Itajaí: dezembro de 2002, pp. 95-116.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**: Direito Material e Processual. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.