

CIDADANIA E O COMBATE À CORRUPÇÃO: PROPOSTAS EXTRAPENAIIS DE APERFEIÇOAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Curitiba-PR. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: eascambi@mppr.mp.br

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Curso de Mestrado em Direito do Curso Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa “Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social”. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: mateusbertoncini@uol.com.br

Resumo

A corrupção é um dos graves problemas brasileiros. O desvio de recursos públicos impede a efetivação de direitos fundamentais sociais e atrasa o desenvolvimento nacional obstando o real acesso à cidadania. O Brasil precisa enfrentar o paradoxo de ser a oitava maior economia do mundo, mas ainda possuir baixos índices de desenvolvimento humano. Justiça social não convive com impunidade. São os recursos públicos, pagos pelos contribuintes, que, desviados pelos esquemas de corrupção, faltam para a ampliação dos investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura. Além disso, a oportunidade da corrupção se transforma em mais corrupção, quando há impunidade. Para diminuir os índices de corrupção no Brasil, é urgente pensar em alternativas de aperfeiçoamento do sistema jurídico, tarefa que também incumbe à academia. Embora o direito positivo não altere a realidade social, a inexistência de mecanismos jurídicos apropriados obsta o equacionamento de parcela dos problemas da sociedade brasileira, como é o caso da corrupção. Na esfera extrapenal, começando pelo Direito Constitucional, é importante ressaltar a necessidade de aperfeiçoamento de questões como a do fortalecimento dos

controles interno e externo, reformando instituições constitucionais, como é o caso dos Tribunais de Contas. Além disso, a ampliação da transparência e do controle social e o aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público no plano infraconstitucional demandam reformas legislativas fundamentais, para se viabilizar a efetivação dos Direitos Humanos consagrados na Constituição de 1988.

Palavras-chave

Corrupção; Propostas de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro; Cidadania.

Abstract

Corruption is one of the serious Brazilian problems. The embezzlement of public funds prevents the realization of fundamental social rights and delays national development prevent inhibiting the real access to citizenship. Brazil needs to face the paradox of being the eighth world's largest economy, and having low human development indexes. Social justice does not coexist with impunity. Public funds, paid by taxpayers, sidetracked by corruption schemes, fail to reach the investments in the enlargement of public health, education, security and infrastructure. Moreover, the opportunity of corruption increases corruption when there is impunity. To reduce corruption levels in Brazil, it is urgent to think about legal system improvement alternatives, a task which is also entrusted to the academy. Although positive law does not change social reality, the lack of appropriate legal mechanisms prevents the equating of part of the Brazilian's society problems, such as corruption. In the extrapenal sphere, beginning with constitutional law, it is important to emphasize the need to improve issues such as the strengthening of internal and external controls, reforming constitutional institutions, such as the Courts of Auditors. In addition, the enlargement of transparency and social control of the prosecution performance in infra constitutional sphere requires fundamental legislative reforms, in order to provide for the realization of the human rights enshrined in the 1988 Constitution.

Key words

Corruption; Alternatives to improve the brazilian legal system; Citizenship.

1. Introdução

O fenômeno da corrupção no Brasil possui raízes históricas no modelo de Estado patrimonial português, em que o soberano comandava seus subordinados como se fossem servidores pessoais, exercendo autoridade como senhor absoluto, proprietário de tudo e

de todos, semelhante ao exercício do poder do domínio patriarcal sobre o grupo familiar (ZANCARO, 2012, P. 12).

A História do Brasil é marcada por graves crises éticas, marcadas pelo tráfico de influências, manipulação da coisa pública em benefício próprio, distribuição de cargos, benefícios e privilégios, utilização de padrões domésticos de administração dos negócios do Estado, utilização de instrumentos de poder para a manutenção das desigualdades sociais, com ênfase no assistencialismo, neopotismo, parasitismo e clientelismo.

O processo de redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988, a maior participação popular e a consolidação de instituições republicanas contribuem para um novo capítulo da História brasileira contemporânea.

Apesar disso, pelo Índice de Percepção da Corrupção, da Transparência Internacional, divulgado no final de 2014, dos 175 países avaliados, o Brasil ficou em posição intermediária (69º lugar). Por outro lado, pelo último Índice de Desenvolvimento Humano, divulgado em meados de 2014, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Brasil, apesar de ser a oitava maior economia do mundo, ocupa o 79º lugar no ranking mundial dentre os 187 países avaliados (CAMBI, 2014, P. 02).

Vale destacar, também, a Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião dos Jovens Brasileiros, desenvolvida pela Secretaria Nacional da Juventude em 2013. A juventude compreende o grupo etário entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos, e equivale pelo Censo de 2010 um quarto da população brasileira (51,3 milhões de pessoas). Dentre uma lista de problemas brasileiros apresentados, os jovens entrevistados indicaram, como aquele que mais lhes incomoda, em primeiro lugar, a corrupção (36%)¹. Os demais problemas apontados aparecerem com percentagens muito inferiores à corrupção, valendo destacar, sucessivamente: a) a grande desigualdade social: 20%; b) O poder dos traficantes: 13%; c) O racismo e outras formas de discriminação: 10%; d) O despreparo e a violência da polícia: 5%; e) A destruição do meio ambiente: 4%; f) A lentidão e outros problemas da Justiça: 4%; g) O despreparo do povo: 4%; h) A falta de perspectiva profissional para os jovens: 3%.

A corrupção sistêmica aliada aos elevados índices de impunidade desviam recursos públicos indispensáveis à promoção dos direitos fundamentais sociais, o que contribui para a baixa qualidade dos serviços públicos essenciais e aprofunda as desigualdades sociais.

Episódios recentes como o do Mensalão, que pela primeira vez na história brasileira produziu a condenação pelo Supremo Tribunal Federal de políticos do mais alto escalão

1 Cfr. Agenda Juventude Brasil. Pesquisa Nacional Sobre Perfil e Opinião dos Jovens Brasileiros. Brasília: Secretaria Nacional da Juventude, 2013. p. 30.

do governo federal, e a Operação Lava Jato, que tem investigado e punido desvios de recursos da Petrobrás para financiar campanhas políticas e favorecer empresários, colocaram o tema do combate à corrupção no centro da agenda política.

Nesse contexto, o trabalho procura enfatizar algumas propostas extrapenais de repressão à corrupção no Brasil, para a reflexão acadêmica. O Direito Constitucional e o infraconstitucional parecem necessitar de reformas para o aperfeiçoando do controle da Administração Pública e o combate à corrupção e à impunidade, criando as condições para a efetivação do catálogo de Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988, direitos esses obstados historicamente pela endêmica corrupção existente na esfera pública nacional, impeditiva do real e progressivo desenvolvimento da cidadania.

A metodologia utilizada na pesquisa é o teórico-bibliográfica e crítica, essencial para uma análise verdadeiramente dialética, propositiva e reflexiva do problema da corrupção no Brasil.

2. Governança no Setor Público

A crise fiscal do final dos anos 80 do século XX, no cenário econômico e político internacional, exigiu maior eficiência do Estado e abriu espaço para a governança no setor público.

A governança no setor público implica o desenvolvimento e a aplicação de mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, para que haja maior *eficácia* (cumprimento das ações prioritizadas) e *eficiência* (realização de ações da melhor forma possível, em termos de custos-benefícios) da atuação estatal na condução de políticas públicas e na prestação de serviços de interesse da sociedade².

A excelência na governança pública depende da existência do Estado Democrático de Direito, da participação da sociedade civil na gestão pública, da educação para o exercício da cidadania, de instrumentos adequados e de instituições fortes para combater à corrupção, além da redução dos elevados níveis de impunidade.

Dentre os princípios que devem reger a governança do setor público, incluem-se a *transparência*, que exige o acesso a todas as informações relativas à organização pública, para que se assegure segurança jurídica às relações entre o Estado e terceiros, bem como dê confiança aos governados da lisura dos negócios públicos, permitindo o controle do ente público pela sociedade civil.

Também se destaca o princípio da *accountability*, pelo qual as organizações públicas têm o dever de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que

2 Cfr. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p. 33.

lhes foram conferidas, além de prestarem contas aos cidadãos de sua atuação, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões³.

3. Fortalecimento dos Controles Interno e Externo

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se com a *democratização* do Estado ao fortalecer o controle externo da Administração Pública.

Os mecanismos de controle da Administração Pública procuram elevar a fiscalização e a revisão da atividade administrativa para que se cumpram as regras e os princípios constitucionais, notadamente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37/CF).

O controle interno é *intra-orgânico*, pelo qual a própria Administração verifica a legalidade e a eficácia dos atos praticados.

O mau funcionamento dos controles internos da Administração Pública brasileira é uma realidade indiscutível. Os escândalos públicos se avolumam, em todos os níveis de governo, como se inexistisse controle interno. A razão dessa ineficiência, com graves repercussões para a sociedade brasileira, reside na ausência de autonomia dos controladores internos, subordinados hierarquicamente à autoridade nomeante e, ao mesmo tempo, controlada.

Logo, a previsão de mandato fixo e de autonomia do órgão de controle interno, somadas à responsabilidade por omissão, é um caminho ainda não trilhado e que poderia permitir o funcionamento efetivo dessa modalidade de controle, interrompendo ou contribuindo para reduzir a permanente corrupção e ineficiência da Administração Pública nacional.

A título de sugestão, propõem-se a alteração do § 1º do artigo 74 da Constituição Federal, que passaria a ter a seguinte redação: “§ 1º O Controlador Interno, responsável pelo controle interno, detentor de cargo efetivo, estabilidade, formação de nível superior e ilibada reputação, será escolhido pelo respectivo Chefe de Poder, para o exercício de mandato de 2 anos, reconduzível por uma vez. § 2º As controladorias internas serão formadas exclusivamente por servidores públicos de carreira, admitidos mediante concurso público de provas e títulos. § 3º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, se existentes indícios de crime ou de ato de improbidade administrativa, sob pena de responsabilidade por omissão e solidária”.

3 Idem. p. 34.

O controle externo, por sua vez, é exercido por órgãos diversos da Administração Pública (por exemplo, pelo Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas; arts. 70 e 71 da Constituição Federal). Tratam-se de mecanismos complementares voltados a evitar, nos planos administrativo e financeiro, à má aplicação dos recursos públicos.

A importância dos Tribunais de Contas é acentuada na Constituição Federal ao competir, entre outras relevantes atribuições, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, inc. II, CF)⁴.

A forma de escolha dos Ministros do Tribunal de Contas da União está prevista na Constituição Federal (art. 73), sendo reproduzida, com os respectivos ajustes, nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais para a seleção de Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

São requisitos para integrar esses tribunais: a) ter mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade; b) possuir idoneidade moral e reputação ilibada; c) ter notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; d) contar com mais de 10 (dez) anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos *retro* mencionados.

Os membros dos Tribunais de Contas são escolhidos um terço deles, pelo Chefe do Poder Executivo, com aprovação do Poder Legislativo, sendo parcela deles escolhidos alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice, a partir de critérios de antiguidade e merecimento. Os demais membros são escolhidos pelo Poder Legislativo, que constituem *vagas cativas*, que, a rigor, não impõe a obrigatoriedade da nomeação de auditores ou de membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas⁵.

4 *“Com a superveniência da Nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso, importância fundamental no controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação instituídas, tema de irrecusável relevância”* (STF, ADI 215 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1990, DJ 03-08-1990 PP-07234 EMENT VOL-01588-01 PP-00028).

5 *“TRIBUNAL DE CONTAS – COMPOSIÇÃO – “VAGA CATIVA” DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA – EGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALCANCE DO ARTIGO 73, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Prevalece a regra constitucional de divisão proporcional das indicações entre os Poderes Legislativo e Executivo, revelado o critério da “vaga cativa”, sobre a obrigatória indicação de clientelas específicas pelos governadores, inexistente exceção, incluída a ausência de membro do Ministério Público Especial”* (RE 717424, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2014, ACÓRDÃO

A forma de composição dos Tribunais de Contas, no Brasil, é objeto de intenso debate no Congresso Nacional. Há várias propostas em discussão, no Parlamento, para evitar a indevida politização dos Tribunais de Contas (CAMBI, 2014, P. 27-28). Por exemplo, a fixação de mandatos fixos, como ocorre em Cortes Europeias, ou que a escolha dos membros seja precedida de critérios técnicos, com a consulta ampla de órgãos de classe.

Na Câmara Federal, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 374/2014, apensada à PEC 262/2008, que institui mandato com duração de 10 anos, vedando a recondução, para Ministros do STF, TCU e Tribunais de Contas dos Estados, bem como modificando o processo de escolha.

Ou ainda a Proposta de Emenda à Constituição nº 44/2012, em tramitação no Senado Federal, pela qual ocorrendo a vaga, além do cidadão ter entre 35 e 65 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada, sejam indicados diretamente pelo Ministério Público, pelo Judiciário e pela Advocacia, por intermédio de seus Conselhos superiores.

Importante ressaltar, também, a Proposta de Emenda Constitucional nº 7/2014 que pretende modificar o § 2º, do artigo 73 da Constituição Federal, para que os Ministros do Tribunal de Contas da União sejam escolhidos mediante concurso público de provas e títulos, anteriormente a sabatina do Senado Federal, sendo a banca julgadora composta por juízes do Superior Tribunal de Justiça.

Independente do mérito e da forma, essa PEC tem o mérito de evitar a *politização* da Corte de Contas, cujo papel no controle externo, voltado para fiscalizar o uso dos recursos públicos, é de extrema relevância. O concurso público, para a investidura no cargo do TCU, tem o sentido de aumentar a eficiência da Corte para melhor proteger os interesses nacionais. A meritocracia na escolha do Ministro também contribui para a maior profissionalização do Poder Público, evitando indicações políticas marcadas pelo “toma lá, dá cá”. Com isso, poderia ser aumentado o controle das constantes práticas de corrupção, que desviam recursos públicos cuja falta compromete o desenvolvimento do país.

Cabe aos Tribunais de Contas a importante função de recomendar, preventivamente, medidas para aumentar a eficácia da aplicação dos recursos públicos, podendo, inclusive, determinar o bloqueio de recursos orçamentários para obras que apresentem graves irregularidades.

Repressivamente, os Tribunais de Contas devem responsabilizar os agentes públicos por ilícitos cometidos, determinando formas de reparação e de sanção. Nesse sentido, podem aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, dentre as quais a aplicação de multa proporcional ao

dano causado ao erário (art. 71, inc. VIII, CF). Quando as multas e os débitos não são pagos espontaneamente, devem ser inscritos em dívida ativa e cobrados, judicialmente, pela Advocacia-Geral da União ou pelas Procuradorias Estaduais ou Municipais⁶.

Os Tribunais de Contas podem, ainda, exercer contribuição decisiva na responsabilização política dos administradores envolvidos em irregularidades graves, ao encaminharem seus nomes à Justiça Eleitoral, que tem competência para indeferir tais candidaturas.

Em relação à aprovação das contas dos Chefes dos Poderes Executivos, os Tribunais de Contas apenas elaboram parecer conclusivo, cabendo ao Poder Legislativo acatar ou rejeitar tal conclusão por maioria simples. Devem, contudo, apontar indícios de condutas criminais ou de improbidade administrativa e levá-los ao conhecimento do Ministério Público.

Na realidade brasileira, os Tribunais de Contas são “instituições semiautônomas” (SPECK, 2012, p. 462), porque são integradas por um corpo técnico concursado, mas dirigido por um colegiado – formado por nove Ministros, no caso do Tribunal de Contas da União, sete Conselheiros, nos Tribunais de Contas Estaduais e cinco Conselheiros nos Tribunais de Contas Municipais – responsável, dentre outras atividades, pela eleição de seu presidente, elaboração do orçamento, programação da fiscalização e a tomada de decisões conclusivas sobre as fiscalizações.

Os critérios de escolha previstos na Constituição Federal ou são *meramente formais* (brasileiros, entre 35 e 65 anos de idade, 10 anos de experiência profissional) ou de *difícil verificação* (idoneidade moral, reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública), sendo que somente a minoria do colegiado (dois membros) deve ser escolhida dentre integrantes do corpo técnico concursado⁷. Tais critérios, também, dificultam o controle judicial da nomeação dos membros dos Tribunais de Contas⁸.

6 O Supremo Tribunal Federal, no ARE 823.347-MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.10.2014, reconheceu repercussão geral da questão constitucional quando a legitimidade do Ministério Público, atuante ou não junto ao Tribunal de Contas, para executar as decisões de condenação proferidas pelos Tribunais de Contas.

7 Idem. Ibidem.

8 “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE EVENTUAL AFRONTA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NO APELO EXTREMO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL DO DEBATE. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283/STF. IRREGULARIDADE FORMAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.9.2012. Divergir do entendimento firmado pela Corte a quo, acerca do preenchimento dos requisitos para a nomeação no cargo de Conselheiro, exigiria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão recorrido, inviável em sede recursal extraordinária. Aplicação do óbice da Súmula 279/STF: “Para simples reexame de prova

A fragilidade desses critérios reflete na politização dos Tribunais de Contas, o que compromete a sua atuação eficiente, em detrimento do efetivo combate à corrupção. Conforme dados divulgados pela Transparência Brasil, em abril de 2014, dos 238 (duzentos e trinta e oito) membros de Tribunais de Contas brasileiros 60% (sessenta por cento) são ex-políticos, 20% (vinte por cento) sofrem processos na justiça ou foram punidos pela Justiça Eleitoral ou pelos próprios Tribunais de Contas por irregularidades administrativas e, pelo menos, 15% deles são parentes de políticos (PAIVA; SAKAI, 2015).

Portanto, é urgente uma reforma constitucional que reveja a formação dos Tribunais de Contas. A indicação direta de seus Ministros ou Conselheiros pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo não contribui para o exercício técnico das funções das Cortes de Contas, que se comportam politicamente, segundo as ideologias partidárias, fragilizando o controle externo de contas do Estado brasileiro.

O concurso público para Ministro ou Conselheiro é uma boa opção, assim como a formação de listas tríplexes de Auditores do Tribunal de Contas, Membros do Ministério Público de Contas e advogados, tal como se dá no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Tal discussão merece ser levada a efeito no âmbito da sociedade brasileira, inclusive acadêmica, porquanto o atual modelo de nomeação não tem se mostrado eficiente e eficaz, bastando olhar para o grande número de desmandos na esfera pública, não inibidos pela atuação dessas Cortes.

4. Ampliação da Transparência e do Controle Social

Não deve haver segredos na relação entre Estado e sociedade. A transparência, de um lado, se presta a maior organização da Administração Pública e a profissionalização da gestão. De outro lado, presta-se a concretização da *accountability* e, com isso, a maior concorrência entre os agentes do mercado, a melhor distribuição de recursos, a possibilidade da criação de indicadores e da mensuração de desempenho, além da diminuição da burocracia pública, com a ampliação do controle social e a conseqüente redução dos níveis de corrupção (FIGUEIRAS, 2011, p. 113).

Os cidadãos devem ser tratados como *consumidores* de bens públicos, destinatários das políticas e dos serviços prestados pelo Estado. Por isso, a efetividade dos direitos fundamentais sociais (art. 6º/CF) depende da disponibilidade de informações aos cidadãos.

não cabe recurso extraordinário. Razões recursais que não atacam todos os fundamentos da decisão agravada. Aplicação da Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” Não preenchimento do requisito de regularidade formal expresso no artigo 317, § 1º, do RISTF: “A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.” Agravo regimental conhecido e não provido” (STF, ARE 763300 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014).

Quanto mais amplas as informações a respeito das ações realizadas pelos agentes públicos, mais transparentes são os governos, melhor é a governança pública e menor é a possibilidade de corrupção.

Sem informações adequadas o Estado Democrático de Direito não se realiza. Afinal, somente há verdadeira democracia quando os cidadãos podem pautar suas decisões conforme as informações que lhe forem disponíveis. Aliás, a essência das desigualdades sociais está na “reinvenção da cidadania do excluído” (DEMO, 2002, p. 35), cuja pobreza é resultado do analfabetismo político, da desinformação e da alienação produzida pelos detentores do poder e que nele se perpetuam às custas da marginalização das minorias.

Aliás, pesquisa realizada pelo Movimento Paraná Sem Corrupção, em novembro de 2014, com 2.728 estudantes do ensino médio da rede pública paranaense, revela que 68,40% dos entrevistados com idade entre 16 e 18 anos não se interessaram em fazer o título de eleitor. A pesquisa também mostrou que metade (49,90%) não sabia o que é a Constituição Federal, além de 86,55% nunca terem feito uso de algum portal de transparência e 81% deles jamais ter utilizado a Lei de Acesso à Informação.

A baixa participação popular e o precário controle social da Administração Pública estão relacionadas a diversos fatores como a ausência de educação para o exercício da cidadania (CAMBI; FERREIRA, 2015), a falta de uma cultura de transparência e a não implementação efetiva tanto da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) quanto da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011).

A Lei de Responsabilidade Fiscal acaba de completar 15 (quinze) anos. Trata-se de uma lei importante, pois impôs o controle de gastos a todos os entes federativos condicionado à capacidade de arrecadação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal lei inova ao limitar gastos tanto para as despesas do exercício (prevendo contingenciamentos e limitação de empenhos) quanto para o grau de endividamento.

A Lei de Responsabilidade Fiscal também promoveu a transparência nos gastos públicos, obrigou os entes federativos a apresentar detalhes das finanças aos Tribunais de Contas e institucionalizou os portais da transparência, com a ampla divulgação em meios eletrônicos de acesso público, para estimular o controle social.

Entretanto, o Conselho de Gestão Fiscal, destinado ao acompanhamento e a avaliação da política e da operacionalidade da gestão fiscal, com a presença de representantes de todos os Poderes, do Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, nunca saiu do papel. A cultura da transparência se impõe, a fim de que a busca pelo bem comum se dê com a participação integrada de diversas entidades públicas e do fortalecimento do controle social.

Nesse sentido, o artigo 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal criou o Conselho de Gestão Fiscal – constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do

Ministério Público e de entidades representativas da sociedade – para realizar o acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal⁹. Dentre os propósitos específicos desse Conselho Gestor, está a disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal, mas também na adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, além dos necessários ao controle social.

Ocorre que, passados mais de 15 (quinze) anos da sanção da Lei de Responsabilidade Fiscal o Conselho de Gestão Fiscal não foi criado nem, tampouco, adveio lei específica para dispor sobre a composição e a forma de seu funcionamento. Ao contrário, tramita no Senado Federal o PLS 141/2014 que justifica a não-criação do referido Conselho a redação original do artigo 67 da Lei Complementar nº 101/2000. Afirma que, ao prever que a sua composição se dará *“por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades representativas da sociedade”*, cria um número muito grande de Conselheiros, o que dificultaria a obtenção de *quórum* para a realização de reuniões, bem como tornaria muito difícil definir que seriam os representantes dos Poderes Legislativos e Executivos Municipais e Estaduais. Por isso, o PLS 141/2014 propõe a remoção da obrigatoriedade extensa e paritária dos entes e poderes da federação, devendo a composição do Conselho ser definida por legislação ordinária.

O PLS 141/2014, além de não avançar na real criação do Conselho de Gestão Fiscal, retrocede na modificação do *caput* do artigo 67 que prevê, expressamente, a participação de representantes da sociedade civil. Relega à lei ordinária a composição do Conselho de Gestão sem assegurar que vai ser assegurado o mais amplo e efetivo controle social na gestão fiscal.

Para que se tenha maior eficiência na gestão pública e maior efetividade das políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro, é preciso desenvolver uma nova cultura

9 *Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a: I - harmonização e coordenação entre os entes da Federação; II - disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal; III - adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de que trata esta Lei Complementar, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, bem como outros, necessários ao controle social; IV - divulgação de análises, estudos e diagnósticos. § 1º O conselho a que se refere o caput instituirá formas de premiação e reconhecimento público aos titulares de Poder que alcançarem resultados meritórios em suas políticas de desenvolvimento social, conjugados com a prática de uma gestão fiscal pautada pelas normas desta Lei Complementar. § 2º Lei disporá sobre a composição e a forma de funcionamento do conselho”.*

não-estatal de controle (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, P. 31-32). Não basta, para tanto, aprimorar a máquina estatal. É indispensável permitir ao próprio cidadão fiscalizar e participar das decisões coletivas. Ampliar o controle democrático não-estatal é uma forma de compensar as falhas do controle administrativo-burocrático, tanto é que em cidades que a participação e o controle sociais do orçamento público são maiores maior é a eficiência do Estado. A terceira via, entre os controles administrativo-burocrático e judicial, deve ser o caminho para reduzir a corrupção sistêmica, enquanto patologia disseminada na política, no mercado e na sociedade brasileiras.

Nesse sentido, além da criação do Conselho de Gestão Fiscal, para ampliar as formas de controle não-estatais por representantes de entidades sociais, é preciso assegurar a todos os cidadãos a fiscalização direta do orçamento público.

Atualmente, o controle da execução do orçamento é uma atividade restrita a algumas entidades que podem ter senhas de acesso. Assim, prevê o artigo 120 da Lei 13.080, de 2 de janeiro de 2015, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária, *in verbis*: “Art. 120. Com vistas à apreciação da proposta orçamentária de 2015, ao acompanhamento e à fiscalização orçamentária a que se referem o art. 70 e o inciso II do § 1º do art. 166 da Constituição Federal, será assegurado aos membros e órgãos competentes dos Poderes da União, inclusive ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério Público Federal e à Controladoria-Geral da União, o acesso irrestrito, para consulta, aos seguintes sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital: I – SIAFI; II – SIOP; III - Sistema de Análise Gerencial da Arrecadação - ANGELA, bem como as estatísticas de dados agregados relativos às informações constantes das declarações de imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, respeitado o sigilo fiscal do contribuinte; IV - Sistema Integrado de Tratamento Estatístico de Séries Estratégicas – SINTESE; V - Sistema de Informação das Estatais – SIEST; VI - SIASG, inclusive ComprasNet; VII - Sistema de Informações Gerenciais de Arrecadação – INFORMAR; VIII - Cadastro das entidades qualificadas como OSCIP, mantido pelo Ministério da Justiça; IX – CNPJ; X - Sistema de Informação e Apoio à Tomada de Decisão - SINDEC, do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT; XI – SICONV; XII - Sistema de Monitoramento do Programa de Aceleração do Crescimento – SISPAC; XIII - Sistema de Acompanhamento de Contratos - SIAC, do DNIT; XIV - CNEA, do Ministério do Meio Ambiente; XV - Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde – SIOPS; XVI - Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação - SIOPE; e XVII - Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro – SICONFI. *Parágrafo único.* Os cidadãos e as entidades sem fins lucrativos, credenciados segundo requisitos estabelecidos pelos órgãos gestores dos sistemas, poderão ser habilitados para consulta aos sistemas e cadastros de que trata este artigo.”

O parágrafo único do artigo 120 da Lei Federal nº 13.080/2015, ao exigir que o cidadão seja previamente habilitado para a consulta dos sistemas e cadastros previstos

nesta legislação, além de criar um obstáculo injustificado ao exercício da cidadania, fere o direito humano-fundamental à informação.

A informação é um direito humano, reconhecido por importantes organismos da comunidade internacional. Está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos: *“Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”* (art. 19).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece, nos artigos 10 e 13: *“Cada Estado-parte deverá (...) tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública (...) procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter (...) informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública (...)”*.

A Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão também afirma: *“O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito”* (item 4).

Além disso, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assevera: *“Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza (...)”* (art. 19).

No Brasil, o artigo 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal expressa, entre os direitos fundamentais, que *“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*.

O artigo 37, § 3º, inc. II, da Constituição Federal também afirma que *“a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especificamente (...) II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”*.

Ademais, o artigo 216, § 2º, da Constituição Federal atribui *“à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”*.

Os artigos 5º, inc. XXXIII, 37, § 3º, inc. II, e 216, § 2º, da Constituição Federal foram regulamentados pela Lei 12.257/2011, que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação que, por sua vez, trata da transparência ativa e passiva.

Portanto, o artigo 120 da Lei Federal nº 13.080/2015, merece ser alterado ou merecer interpretação conforme para se tornar compatível com os tratados internacionais, a Constituição Federal e a Lei de Acesso à Informação.

Assim, as informações quanto à execução orçamentária devem ser, como regra, de acesso público irrestrito. Não devem ser objeto de senhas nem tampouco, como determina o parágrafo único do referido artigo 120, exigir que o cidadão e as entidades da sociedade civil organizada tenham que se habilitar para a consulta aos sistemas e cadastros, salvo quando as informações cujo sigilo forem imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Caso contrário, ficaria o cidadão e as entidades sociais submetidas a critérios nem sempre objetivos e confiáveis dos Administradores Públicos que, simplesmente, poderiam negar ou criar dificuldades não razoáveis ao acesso à informação.

Dessa maneira, o mencionado artigo 120, *caput* e par. ún., da Lei Federal nº 13.080/2015 deveria ter a seguinte redação: “*Com vistas à apreciação da proposta orçamentária de 2015, ao acompanhamento e à fiscalização orçamentária a que se referem o art. 70 e o inciso II do § 1º do art. 166 da Constituição Federal, será assegurado a todos os cidadãos o acesso irrestrito, para consulta, aos seguintes sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da Lei 12.257/2011: (...). Par. ún.: Os membros e órgãos competentes dos Poderes Públicos, inclusive aos Tribunais de Contas, ao Ministério Público e às Controladorias-Gerais da União, será assegurado o acesso irrestrito, para consulta, a todos os sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital, independentemente do caráter sigiloso dos sistemas ou informações*”.

Por fim, não bastam boas leis se elas não são devidamente aplicadas ou regulamentadas. A Lei Federal nº 12.527/2011 é um importante instrumento para a superação da cultura do sigilo para a do acesso às informações. Contribuiu para que os cidadãos sejam mais conscientes de seus deveres e de seus direitos, para a produção de uma sociedade mais bem informada e para assegurar maior eficiência da Administração Pública em todas as esferas. Entretanto, a Lei de Acesso à Informação somente não é mais efetiva, pois não foi regulamentada nem é devidamente aplicada por todos os entes federativos.

Pesquisa realizada pela Equipe Artigo 19 Brasil, entre novembro de 2014 e março de 2015, em 51 órgãos federais dos Três Poderes e do Ministério Público, sobre a transparência ativa e passiva, apurou que 28,5% das respostas recebidas foram incompletas ou não tinham fundamentação adequada, houve 29% de recursos desses casos e apenas 6,8% dos pedidos não foram respondidos ou tiveram seu acesso negado (PAES; BALBINO; MARCHEZINI, 2015, P. 49-51). Para ampliar a transparência ativa, o estudo conclui serem necessárias, entre outras recomendações: a criação de seções específicas sobre participação popular e formas de intervenção social nos sites de cada órgão, para melhor aproximar a sociedade civil e o Estado; divulgação dos mecanismos de participação popular com antecedência adequada e em distintas plataformas de comunicação, inclusive fornecendo a documentação correlata em tempo hábil e linguagem acessível; a divulgação das listas de informações classificadas e desclassificadas; a publicação de relatórios estatísticos sobre

os pedidos de informação e outras informações sobre a implementação da Lei de Acesso à Informação no órgão público, em formato aberto e linguagem acessível; a divulgação, em local acessível, de telefones, endereços eletrônicos e horários das ouvidorias, serviços de informação ao cidadão e outros canais de atendimento; a utilização de glossários e manuais de auxílio para facilitar a compreensão dos dados orçamentários. Por outro lado, para ampliar o cumprimento da transparência passiva, o estudo concluiu serem necessárias entre outras recomendações: a utilização de plataformas eletrônicas de serviço de informação ao cidadão, que possibilitem o acompanhamento do histórico dos pedidos de informação e todos os pedidos de informação pelo usuário; a adaptação dos sistemas de registro de informação para que o cidadão possa apresentar recurso por intermédio do próprio sistema, com a informação inclusive sobre qual o órgão superior competente e o prazo para recorrer; a retirada de qualquer exigência desproporcional de identificação para além do previsto em lei (nome, documento e endereço para resposta) e permissão do envio de pedidos de informação por pessoa jurídica; a adoção de auditorias internas, pesquisas de qualidade com usuários e testes com usuários ocultos; a divulgação de todos os pedidos de informação recebidos, com suas respectivas respostas, preservando dados pessoais dos usuários. Por fim, dentre as recomendações de médio e longo prazo para a efetiva implementação da Lei de Acesso à Informação, o estudo concluiu: pela designação de um orçamento específico e adequado que permita o treinamento contínuo dos servidores, direta ou indiretamente, envolvidos na gestão das informações (e não apenas os que integram os serviços de informação e as ouvidorias); a promoção da cultura da transparência e da gestão da informação, com a eliminação progressiva das lacunas de informação existentes, principalmente nos temas de participação popular e programas e projetos que envolvam direitos humanos; a aplicação das sanções previstas na Lei de Acesso à Informação nos casos de seu descumprimento; a criação de um órgão independente de monitoramento e aplicação da Lei de Acesso à Informação, com a participação da sociedade civil e a autonomia política em relação aos outros órgãos.

Apesar da Lei de Acesso à Informação ter sido publicada em 18 de novembro de 2011, até maio de 2015, conforme dados levantados pela Controladoria Geral da União, cinco Estados da Federação (Amapá, Amazonas, Pará, Rio Grande do Norte e Roraima) ainda não haviam criado legislação própria para definir regras específicas para o cumprimento da lei. Ademais, com relação aos Municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes (307 no total), apenas 36% (ou 188) deles havia regulamentado a Lei de Acesso à Informação¹⁰. A não regulamentação da lei dificulta a sua aplicação, pois ela exige que os Estados e Municípios criem, por exemplo, um serviço de informações ao cidadão, em local com condições apropriadas para atender e orientar o público quanto ao acesso às informações, informar sobre a tramitação de documentos e protocolizar requerimentos de

10 Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/11157>. Acesso em 01 de junho de 2015.

acesso a dados. Não há informação sobre o cumprimento da Lei de Acesso à Informação sobre os demais Municípios brasileiros, mas é possível supor que a situação seja tão ou mais grave que a apontada em relação aos Municípios maiores que, geralmente, possuem mais condições financeiras para cumprir a legislação.

Ademais, a Organização Contas Abertas, que monitora portais públicos por todo o país, afirma que para se atingir transparência plena é imprescindível que Estados e Municípios melhorem a *usuabilidade*, isto é, a facilidade com que os usuários possam encontrar os dados necessários nos portais da transparência¹¹. Conclusão apontada pelo Índice de Transparência de 2014 constatou que absolutamente todos os Estados precisam desenvolver formulários de pesquisa mais completos, que capacitem o usuário a cruzar informações sobre a execução e a classificação orçamentária. A maior parte das consultas ainda são rígidas, divididas em diferentes campos de busca para cada categorização ou com poucos filtros. É com a melhora da usabilidade dos portais que a cidadania pode ser aperfeiçoada, ao estimular que qualquer pessoa, mesmo sem um conhecimento mais aprofundado do orçamento público, possa encontrar informações e, com isso, se tornar um fiscal dos gastos públicos.

5. Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção

O maior número de ações civis públicas de improbidade administrativa e a quase totalidade das ações penais públicas para a defesa do patrimônio público são ajuizadas pelo Ministério Público brasileiro, que tem se notabilizado por ser uma das mais atuantes instituições de combate à corrupção no Brasil.

O artigo 129, incisos I e III, da Constituição Federal afirma que, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção privativa da ação penal pública na forma da lei, e do inquérito civil e da ação civil pública, para a promoção do patrimônio público e social.

A Lei Federal nº 7.347/1985, no artigo 1º, inc. VIII, incluído pela redação da Lei Federal nº 13.004/2014, afirma ser objeto de ação civil pública a defesa do patrimônio público e social.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 329, publicada em 10 de agosto de 2006, para assentar que “*O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público*”.

11 Disponível em: <http://indicedetransparencia.com/2014/05/31/facilidade-de-navegacao-e-o-ponto-fraco-dos-portais-de-transparencia>. Acesso em 01 de junho de 2015.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal, em 03 de agosto de 2012, reconheceu legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a defesa do patrimônio público¹².

Em decisão recente, de 14 de maio de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu poderes investigatórios ao Ministério Público na esfera criminal, desde que respeitados os direitos e garantias de qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob a investigação do Estado, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e também as prerrogativas profissionais dos advogados (art. 7º, incs. I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX, da Lei Federal nº 8.906/94), sem prejuízo do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14)¹³.

Sendo o Ministério Público uma das instituições vocacionadas para o combate da corrupção no Brasil, é preciso inseri-lo, no *caput* do art. 16 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), para que promova ou participe, como fiscal da lei, legitimado para ação civil pública de improbidade administrativa e também como *dominus litis* da ação penal, na celebração do acordo de leniência, com reflexos na persecução penal, civil e por improbidade administrativa.

Afinal, a Lei 12.846/2013 prevê em seu artigo 16 o seguinte: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

Da leitura dessa disposição, nota-se a não legitimação do Ministério Público para a celebração do acordo de leniência, bem assim a sua participação como fiscal da lei nesses acordos, omissão legislativa que merece ser superada.

É o Ministério Público legitimado por excelência da ação civil pública de que trata o artigo 19 da Lei Anticorrupção. Além disso, quando o Ministério Público não é autor dessas ações, deve officiar como *custos legis*, por força do disposto no artigo 21 da Lei 12.846/2013, pois esses processos seguem o rito da ação civil pública (Lei 7.347/1985), que prevê expressamente a condição de *custos legis* nas ações dessa natureza não propostas pelo *Parquet*. Também é o Ministério Público o titular exclusivo da ação penal pública, a ser paralelamente movida contra a pessoa natural dos dirigentes, funcionários e empregados

12 RE 409356 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 03/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 17-08-2012 PUBLIC 20-08-2012.

13 “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

da pessoa jurídica. Além disso, os membros do Ministério Público, diversamente do que ocorre com os servidores lotados na Controladoria Geral dos entes federativos, têm assegurado pela Constituição independência e autonomia funcional (arts. 127, § 1º e 2º, e 128, § 5º, inc. I, CF), o que afasta e inibe pressões de ordem política e hierárquica.

Sendo as atribuições do Ministério Público muito mais amplas que a da pessoa jurídica lesada, que, a rigor, só tem o processo administrativo, cujo alcance é restrito, podendo ser suprido, em caso de omissão, pela própria atuação do Ministério Público (artigo 20 da Lei 12.846/2013), nada justifica a exclusividade da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública na celebração da leniência.

Acresce-se que esse tipo de acordo pode ter severos reflexos na própria atuação ministerial, o que recomenda não apenas a participação do Ministério Público como fiscal do acordo, promovendo a sua higidez, como também a sua legitimação para a celebração desse tipo de avença.

De outra parte, a participação ministerial na celebração dos acordos de leniência pode prevenir nulidades insanáveis, impugnáveis judicialmente.

Para tanto, sugere-se a seguinte redação para o artigo 16 da Lei 12.846/1993: *“A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e o Ministério Público poderão celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (...) Parágrafo único. Não sendo o celebrante, o Ministério Público atuará nos acordos de leniência como fiscal da lei.”*

De lege lata, as autoridades competentes ora previstas no artigo 16 da Lei Anticorrupção, como condição para a sua celebração, devem manter atualizadas as informações acerca dos acordos de leniência, no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), salvo se vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo, e registrar o seu descumprimento, inclusive para que se impeça que a pessoa jurídica seja beneficiada de novo acordo no prazo de três anos (art. 22, par. 3º e 4º) (CAMBI, 2014, 2014, p. 33-34)

Embora o Ministério Público não participe da celebração dos acordos de leniência, seus membros, com atribuições na defesa civil e criminal do patrimônio público, devem ter acesso aos termos do acordo - ainda que sigilosos - para que possam desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração (arts. 129, incs. VI e VIII, CF, art. 26, inc. I, “c”, da Lei 8.625/93 e 8º, inc. II, da Lei Complementar 75/93)¹⁴.

14 “(...) 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal,

O acesso a tais informações também permitirá verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos de leniência celebrados, inclusive para constatar eventualmente a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, nos termos do artigo 20 da Lei 12.846/2013. Neste caso, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para a integral responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras.

Acresce-se que os acordos de leniência em desacordo com o ordenamento jurídico poderão ser objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, com o intuito de sua anulação pelo Poder Judiciário.

O Ministério Público também deverá apurar a responsabilidade penal, civil e administrativa das autoridades competentes que, tendo conhecimento das infrações previstas na Lei 12.846/2013, não adotarem as providências para a apuração dos fatos (art. 27 da Lei Anticorrupção), não aplicarem com rigor as sanções administrativas previstas ou se utilizarem indevidamente dos mecanismos de investigação dispostos na lei. Para tanto, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º da Lei 7.347/85).

Além disso, na perspectiva de aperfeiçoamento do combate à corrupção no Brasil, quanto ao instituto do acordo de leniência, é preciso suprimir o artigo 17 da lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), na medida em que as hipóteses nele previstas não justificam a celebração desses acordos com a pessoa jurídica responsável.

O mencionado artigo 17 tem a seguinte redação: *“A Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88”*¹⁵.

e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido” (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225).

15 “Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”.

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

Ocorre que as infrações administrativas definidas nesses artigos da Lei 8.666/1993 dizem respeito a fatos certos, inclusive no que tange à autoria, não havendo a necessidade de identificação de envolvidos ou da obtenção célere de informações e documentos, inexistindo justificativa para a celebração de acordo de leniência.

Tal como previsto no artigo 17, o acordo de leniência tem verdadeira natureza de perdão administrativo, isentando das sanções administrativas a empresa contratada que descumpriu o contrato administrativo, imunizando-a no processo administrativo da Lei 8.666/1993, o que apenas contribui e estimula a inadimplência de empresas, em detrimento do interesse público. A revogação, portanto, do artigo 17 da Lei 12.846/2013, é medida que se impõe.

Ademais, o acordo de leniência, tal como previsto na Lei 12.846/2013, beneficia somente a pessoa jurídica autora de atos lesivos. Não alcança os seus dirigentes, administradores e empregados, que poderão responder por ato de improbidade administrativa ou crime, caso tenham tido alguma participação na prática do ato lesivo atribuído à empresa.

Com essa omissão do legislador, não há qualquer estímulo para a celebração do acordo de leniência, porquanto isso representaria, via de regra, a confissão de crime ou de ato de improbidade da pessoa natural representante da pessoa jurídica. Tal como previsto, a disposição estimula o “pacto pelo silêncio”, e não a “identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”; e “a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

É, por isso, que se sugere a adoção de um modelo aproximado da Lei do CADE (Lei Federal nº 12.529/2011, arts. 86 e 87), que poderia corresponder ao artigo 16-A da Lei 12.846/2013: *“Art. 16-A. Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. § 1º. Nos crimes tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos tipificados no Código Penal e nos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, correlacionados com os atos lesivos do art. 5º, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, bem como a propositura da ação de improbidade administrativa. § 2º. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o parágrafo anterior e a persecução dos atos de improbidade administrativa respectivos”.*

“Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”.

6. Conclusões

Uma sociedade verdadeiramente democrática é uma sociedade autônoma, que questiona tudo o que é predeterminado e, com isso, possibilita a criação de novos significados (BAUMAN, 2001, p. 263). Logo, a segurança que pessoas emancipadas e uma sociedade democrática podem alcançar não resulta da busca de verdades ou de significados absolutos nem depende da luta contra a incerteza da condição humana, mas do seu reconhecimento e do posicionamento crítico frente a realidade.

A corrupção não é apenas um fenômeno presente na esfera pública, embora quando resulte de desvios de recursos de todos e causa para relegar a miséria milhões de brasileiros deve ser, rigidamente, investigada e repreendida.

O Brasil precisa enfrentar o paradoxo de ser a oitava maior economia do mundo, mas ainda possuir baixos índices de desenvolvimento humano (CAMBI, 2013, p. 02). Justiça social não convive com impunidade. São os recursos públicos, pagos pelos contribuintes, que, desviados pelos esquemas de corrupção, faltam para a ampliação dos investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura. Além disso, a oportunidade da corrupção se transforma em mais corrupção, quando há impunidade.

Para diminuir os índices de corrupção no Brasil, é urgente pensar em alternativas de aperfeiçoamento do sistema jurídico. Na esfera extrapenal, é importante ressaltar a necessidade de aperfeiçoamento de questões como a do fortalecimento dos controles interno e externo, a ampliação da transparência e do controle social, assim como a da atuação do Ministério Público no combate à corrupção.

O Direito Constitucional brasileiro precisa ser reformado para transformar os Tribunais de Contas em órgãos eminentemente técnicos; o controle interno demanda ganhar autonomia na Constituição de 1988; a transparência e a responsabilidade fiscal impõem a participação popular; e a Lei Anticorrupção necessita de aperfeiçoamento visando a intervenção do Ministério Público, dentre outras mudanças, proposições que se materializadas poderão aperfeiçoar o combate à corrupção e à impunidade, criando parcela das condições necessárias para a materialização do catálogo de Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 e a efetivação gradativa da cidadania no Brasil do século XXI.

7. Referências

- AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controle democráticos no Brasil*. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

- CAMBI, Eduardo. A corrupção que atrasa o país. *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, 05/12/2013.
- _____. Todos contra a corrupção. *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, 08.12.2014.
- _____. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, nº 4, 2014.
- CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio. *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.
- CAMBI, Eduardo; FERREIRA, Hwíder Lourenço. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia. *Revista Judiciária do Paraná*, vol. 9, maio/2015.
- DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*. Campinas: Autores associados, 2002.
- FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: *Corrupção e sistema político no Brasil*. Coord. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.
- GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- PAES, Bárbara; BALBINO, Fernanda; MARCHEZINI, Joana. Monitoramento da Lei de Acesso à Informação em 2014. São Paulo: Article 19, 2015.
- PAIVA, Natália; SAKAI, Juliana. Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas. Disponível em: http://www.excelencias.org.br/docs/tribunais_de_contas.pdf. Acesso em 28 de maio de 2015.
- SPECK, Bruno. Tribunais de Contas. In: *Corrupção: ensaios e críticas*. Coord. Leonardo Avritzer. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- ZANCARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994.