

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LETÍCIA GOMES PINTO

Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE

LETÍCIA GOMES PINTO

A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Larissa Pinha de Oliveira.**

Rio de Janeiro

2017 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

P659c Pinto, Leticia Gomes
A consensualidade no âmbito da Administração
Pública / Leticia Gomes Pinto. -- Rio de Janeiro,
2017.
74 f.

Orientador: Larissa Pinha de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. O Direito Administrativo Contemporâneo. 2. O
consenso na Administração Pública. 3. O acordo de
leniência como expressão da consensualidade
administrativa. 4. O acordo de leniência e o Grupo
JBS. I. Oliveira, Larissa Pinha de, orient. II.
Título.

CDD 341.3

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

LETÍCIA GOMES PINTO

A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Larissa Pinha de Oliveira.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017 / 1º SEMESTRE

Dedico este trabalho a mulher mais inspiradora
que eu poderia conhecer, minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me ajudar a superar todos os obstáculos encontrados durante esses cinco anos de graduação e por ter colocado em meu caminho uma família inspiradora e amigos surpreendentes.

À minha mãe, Vera Lúcia, por ser a minha maior fonte de inspiração do que é ser uma mulher que luta por seus objetivos. Por ser aquela que me ensinou que fazer o bem e ajudar o próximo é sempre o melhor caminho a escolher, que me ensinou o significado do amor e de que a felicidade está nas coisas mais simples e bobas que existem.

Às minhas irmãs, Letuze e Leiliane, por terem sido verdadeiras mães durante toda a minha vida, terem me mostrado que juntas somos mais fortes e assim podemos qualquer coisa. Aquelas que me ensinaram a importância do estudo e que as dificuldades sempre irão existir, mas no final tudo valerá a pena. Obrigada pela confiança em mim, e em especial, obrigada por me proporcionarem a maior felicidade que eu já pude experimentar, ser tia e dinda do Arthur e do Heitor, meus verdadeiros amores.

Ao meu pai, Wagner, que apesar de todas as diferenças me mostrou o que é ser ética e correta na vida pessoal e profissional. Àquele que me mostrou que as dificuldades nos fazem crescer mais fortes.

Ao meu amor, Alan, que durante tempos difíceis se mostrou o maior companheiro que eu poderia ter. Um parceiro que encontrei e que se tornou essencial em todas as minhas conquistas. Obrigada pela paciência, carinho e amor, e em especial, por acreditar tanto em mim. Não é sorte, nem privilégio termos um ao outro, é merecimento.

À toda minha família que sempre esteve presente em todos os momentos bons e ruins. Aqueles a quem eu devo o que sou hoje, em especial aos meus tios Olair e Ciléia, por toda a atenção e carinho, às minhas primas, que são verdadeiras irmãs, Stella e Stefânia, por todo o amor.

Aos amigos que fiz durante o período de formação, e em especial ao grande amigo que levarei para a vida, Paulo Henrique, um verdadeiro companheiro da vida acadêmica tão corrida.

Às grandes amigas que me acompanham desde o colégio e que quero levar para toda a vida, Leilane, Shayene e Láine, que apesar da distância física sempre se fizeram presentes e me proporcionaram momentos felizes e cheios de amor.

Aos grandes amigos que fiz durante esse início da vida profissional. Em especial, à Bianca Macário, que me mostrou que as dificuldades sempre irão existir, mas que devem ser superadas; à Bruna Jakobi, que me ensinou que os sonhos existem para serem alcançados; e à Ana Tharoell, que em pouco tempo se tornou uma grande companheira, a qual me ensinou que a vida pode sim te surpreender negativamente, mas cabe a você optar por ficar triste ou simplesmente crescer. Obrigada por me mostraram que um ambiente profissional pode e deve ser baseado no respeito, no carinho e no amor ao próximo.

À Faculdade Nacional de Direito, por ser uma instituição que respeita as diferenças e que sempre luta por um ensino de qualidade, apesar de todos os obstáculos.

RESUMO

A presente monografia objetiva a analisar a consensualidade no âmbito da Administração Pública, com ênfase nos Acordos de Leniência previstos na Lei nº 12.846 de 2013. O exame do tema terá início com breve análise sobre a evolução histórica do Direito Administrativo e a nova leitura da disciplina em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Será abordada a atuação administrativa consensual e os instrumentos dialógicos. O estudo será elaborado a partir da influência dos princípios constitucionais na relação entre Administração Pública e administrados. Neste sentido, será feita uma relação entre a atuação estatal e a democracia substantiva. Posteriormente será realizada uma análise do conceito de acordo de leniência e sua utilização pela Administração Pública como exemplo de ampliação do consenso no direito público. Por fim, efetuar-se-á um estudo de caso sobre o presente objeto de pesquisa tendo em consideração o atual cenário político e econômico do Brasil.

Palavras-chave: Consensualidade na Administração Pública; Princípios do Direito Administrativo Contemporâneo; Lei 12.846/2013; Acordo de Leniência para infrações de corrupção; Acordo de Leniência para infrações licitatórias.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze consensuality in the Public Administration, with emphasis on Leniency Agreements provided for in Law 12,846 of 2013. The examination of the topic will begin with a brief analysis on the historical evolution of Administrative Law and the new reading of the discipline in consonance with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The consensual administrative action and the dialogical instruments will be approached. The study will be drawn from the influence of constitutional principles on the relationship between Public Administration and administered. In this sense, a relationship will be made between state performance and substantive democracy. It will subsequently be carried out an analysis of the concept of agreement of leniency and its use by the public administration as an example of extension of consensus in public law. Finally, a case study will be carried out on the present research object taking into account the current political and economic scenario of Brazil.

Key words: Consensuality in Public Administration; Principles of Contemporary Administrative Law; Law 12.846 / 2013; Leniency Agreement for Corruption Offenses; Leniency Agreement for infractions biddings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO	15
1.1. Contextualização histórica	15
1.2. Prerrogativas públicas	17
1.3. A Constituição da República Federativa do Brasil e o Direito Administrativo	19
1.4. Princípios norteadores do Direito Administrativo Contemporâneo	22
1.4.1. Princípio da juridicidade.....	23
1.4.2. Princípio da publicidade	23
1.4.3. Princípio da eficiência e o direito a boa administração	24
1.4.4. Princípio da cidadania	26
1.4.5. Princípio da responsividade.....	26
1.4.6. Princípio da consensualidade	27
2. O CONSENSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	29
2.1. O Estado e a Democracia.....	29
2.2. Atuação administrativa consensual.....	32
2.2.1. Instrumentos da consensualidade	34
2.4. O advento do Novo Código de Processo Civil	38
3. O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO EXPRESSÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA	42
3.3 Conceito e características essenciais.....	47
3.4 Modalidades de Acordos de Leniência previstos na Lei nº 12.846 de 2013	48
3.4.1 Leniência para infrações de corrupção.....	49
3.4.2 Leniência para infrações licitatórias.....	52
3.5 A Medida Provisória nº 703/2015	53
4. O ACORDO DE LENIÊNCIA E O GRUPO J&F	57
4.1 O Grupo JBS.....	57
4.2 Acordo de Leniência celebrado pelo Ministério Público Federal e o Grupo JBS	58

4.3 Consequências da celebração do Acordo de Leniência	63
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

O atual cenário econômico e político do Brasil trouxe questionamentos acerca do futuro nos meios acadêmicos e sociais. A propagação da informação, muitas vezes deturpada, resulta em manifestações com limitado conhecimento jurídico e extenso conhecimento midiático.¹

Em meio à recessão econômica, crise política e estrutural², os Poderes da República e cientistas jurídicos e econômicos buscam uma solução rápida e eficaz para adaptar o país a uma nova realidade. Muitas são as indagações envolvendo a adaptação do Direito Administrativo aos novos tempos.

Destaca Vladimir da Rocha França que a Emenda Constitucional n° 19/1998 resultou em mudanças na estrutura administrativa, eis que introduziu novos entes e institutos na Administração Pública e incluiu o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal³, o qual prevê o dever da boa administração⁴ do Estado. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto o princípio da eficiência estabelece que

¹ Para Mariene Isabel Silva dos Santos o poder midiático é tão intenso que é capaz de atingir a sociedade no geral e aqueles dotados de conhecimento jurídico, os magistrados: “Atualmente, a mídia tem conseguido criar grande influência nas opiniões tanto populares, quanto dos magistrados, em relação à resolução de casos que ganham grande repercussão, (em especial, os casos do tribunal do júri) e geram alardes, através da própria. A população que em sua grande maioria não tem conhecimento jurídico penal suficiente, estabelece como verdade, muitas das opiniões divulgadas pelos veículos de comunicação, não sendo estas, na maioria das vezes, confiáveis ou totalmente preenchidas de cargas axiológicas negativas. A influência, como dito acima, atinge à sociedade no geral, e por conseguinte, os magistrados. Entretanto, quando se trata da influência nos juízes o peso que recai sobre eles é maior, tendo em vista que representam e proferem decisões em nome do Estado.” (SANTOS, Mariene Isabel Silva dos. Influências midiáticas nas decisões dos magistrados criminalistas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n.7, jan/dez 2014. p. 139/158)

² “Em meio às turbulências política e econômica, o brasileiro vê, pela primeira vez, políticos e representantes da elite empresarial sendo presos e condenados por crimes de corrupção. E além da turbulência política, agravada pelo afastamento de uma governante eleita democraticamente e pelas denúncias de corrupção não apenas de líderes políticos, como do próprio presidente da Câmara dos Deputados, o desemprego no país chega a 11,2% e mostra as dificuldades também no plano econômico.” (Borba, André. A profunda crise política e econômica e suas consequências para o povo. **Jornal do Brasil**, 11 Jun. 2016. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2016/06/11/a-profunda-crise-politica-e-economica-e-suas-consequencias-para-o-povo/> >. Acesso em: 15 Jun. 2017.)

³ FRANCA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165/177, Abr./Jun. 2000. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532> >. Acesso em: 16 Jun. 2017.

⁴ Cf. FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à boa administração pública**. 3ª ed. Malheiros, 2014.

os atos praticados pela Administração Pública devem buscar a excelência e o melhor percurso para se chegar ao fim almejado.⁵

Hodiernamente, não há no Direito Brasileiro disciplina que possa ser compreendida de forma isolada, estanque, sendo necessária a existência de um diálogo entre todo o ordenamento jurídico. Fez-se necessário que o Direito Administrativo acompanhasse as mudanças ocorridas no cenário social e se adaptasse a realidade complexa do novo contexto regulatório, o qual privilegia o consenso e não a imperatividade.

Esse importante avanço foi reforçado pelo artigo 174 do Código de Processo Civil de 2015, o qual preceitua que os entes políticos deverão criar câmaras de conciliação e mediação com a finalidade de ampliar a solução de conflitos por meio consensual.⁶

Neste sentido, o presente trabalho tratará do Acordo de Leniência, previsto na Lei nº 12.846 de 2013, como expressão da consensualidade no âmbito da Administração Pública, e a importância de privilegiar o diálogo com os administrados para se alcançar uma administração efetiva.

A Lei 12.846 de 2013 dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.⁷ Cabe frisar que há, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro três modalidades de Acordos de Leniência: acordo de leniência para infrações de corrupção, na defesa da concorrência e para infrações licitatórias.⁸

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Forense: 2014. Rio de Janeiro, p 182.

⁶ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (BRASIL, **Lei 13.105 de 2015**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 Mai. 2017.

⁷ BRASIL, **Lei 12.846 de 2013**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 09 de Abr. 2017.

⁸ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. São Paulo: **Revista Digital de Direito Administrativo**, v2, n.2, p. 515, 2015.

Inicialmente, para compreensão do tema sob análise, será exposta sucinta evolução histórica do Direito Administrativo, da sua gênese até os dias de hoje, no qual há intensa busca pela resolução de conflitos através de acordos entre a Administração Pública e os administrados com a tentativa de redução de um direito administrativo sancionar.

Superada a fase histórica, será abordado o instituto da consensualidade no âmbito da Administração Pública e sua importância para a evolução do direito e da sociedade.

Após, será realizado o estudo específico do Acordo de Leniência mediante a exposição do conceito e das características essenciais. Ademais, demonstrar-se-á as modalidades previstas na Lei nº 12.846/2013 e sua importância no âmbito administrativo, os avanços e modificações legislativas.

Por fim será realizado estudo de caso a partir do Acordo de Leniência propriamente entre a força-tarefa das Operações *Greenfield*, *Sépsis* e *Cui Bono*, procuradores responsáveis pelas Operações *Bullish* e Carne Fraca, e negociadores da *holding* J&F, controladora da empresa JBS. O Acordo prevê o pagamento de 10,3 bilhões a título de multa por atos praticados pelas empresas controladas pela J&F, o que representa 5,62% do faturamento líquido do grupo em 2016.⁹

Diante do crescimento da consensualidade para a resolução de conflitos, em especial com o advento da Lei nº 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), e os inúmeros e abrangentes questionamentos acerca das mutações do Direito Administrativo, o presente trabalho se propõe a realizar uma análise acerca do Acordo de Leniência como expressão do novo caminho a ser percorrido na evolução do ordenamento jurídico, ou seja, a forma consensual para a resolução de conflitos.

⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Notícias: **Acordo de leniência: força-tarefa Greenfield e procuradores do MPF fecham acordo com J&F**. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/acordo-de-leniencia-forca-tarefa-greenfield-e-procuradores-do-mpf-fecham-acordo-com-j-f> >. Acesso em: 07 Jun. 2017.

1. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

1.1. Contextualização histórica

Antes de adentrarmos ao objeto principal deste trabalho, necessário tecer breves considerações acerca da Administração Pública e da gênese do Direito Administrativo marcada por sua atuação imperativa, autoritária¹⁰ até a denominada Administração consensual.

Conforme preleciona Hely Lopes Meirelles, para o estudo da estrutura e das atividades da Administração Pública, necessário se faz o estudo do Estado.¹¹ Para José dos Santos Carvalho Filho, o Estado é um ente personalizado, apresentando-se exteriormente, nas relações internacionais, e internamente, como pessoa jurídica de direito público, capaz de adquirir e contrair obrigações na ordem jurídica.¹²

Não se sabe ao certo o momento em que o Estado surgiu, entretanto, sabe-se que a partir do momento em que o homem¹³ passou a viver em comunidade, mesmo aquelas

¹⁰ Para o autor Emerson Gabardo (...)”A alusão a uma pretensa origem autoritária tem como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificadamente, da “supremacia do interesse público”.(...) As idéias típicas do Direito administrativo do final do século XVIII e início do século XIX, mesmo aquelas inerentes ao “autoritário” contencioso administrativo (que nunca existiu no Brasil), ou ao “autoritário” interesse público governamental (totalmente privatizado pelas práticas sociais brasileiras – e não só pelo Estado), produziram de forma intensa um efeito libertador e não o contrário. (...)O Direito administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior, somente tendo sido realmente cultivado depois que seus princípios passaram a ser deduzidos da natureza do homem e da sociedade e não do poder divino. (GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal**. 13.02.2009. 409f. Tese – Doutorado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009). Disponível em: < http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 Jun. 2017.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 60.

¹² CARVALHO FILHO, Jose dos santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

¹³ Entende Judivan Juvenal Vieira que “O homem é a razão de ser de todo o processo gnosiológico. Não há Estado nem Direito sem agrupamentos humanos. Toda obra humana no Planeta de alguma forma se relaciona com os afetos humanos, sobretudo os vinculados à sobrevivência e a conquista do poder com o qual se possa produzir e repartir bens ou subjugar os bens do próximo ao tesouro pessoal. O direito que rege o Estado e sua Administração Pública por ser construção intelectual humana está repleto de exemplos de como os afetos dos agentes públicos podem gerar efeitos bons e ruins, justos e injustos, legais e ilegais, com reflexos na qualidade e quantidade das políticas e serviços públicos prestados ao cliente-cidadão” (VIEIRA, Judivan Juvenal. *Affectus e effectus na justiça administrativa brasileira e italiana: um estudo comparado*. **Publicações da Escola da AGU**, 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione Del Diritto nelle Corti Europee, v. 2, p. 7, 2013)

mais primitivas, ali estavam estabelecidas as funções administrativas do Estado, apesar da ausência da estrutura organizacional.

A doutrina tradicional reitera que o Direito Administrativo teve como marco inicial a Lei nº 28 de Pluvioso do ano VIII, editada em 1800, a qual organizava e limitava a Administração Pública no Estado Francês. Tal lei simbolizou o fim da estrutura do poder do Antigo Regime, fundada sob a vontade do monarca, e o início da organização e estruturação da burocracia estatal e definição de contenção do poder do Estado.¹⁴

A doutrina majoritária assegura que o Direito Administrativo, como sistema de normas e princípios é um ramo recente do Direito Público, o qual sobreveio com a instituição do Estado de Direito. Neste sentido ensina José dos Santos Carvalho filho:

O Direito Administrativo, contudo, como sistema de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o poder criador do direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública, e por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso, pode-se considerar-se que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo.¹⁵

O mesmo entendimento é adotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual preceitua que o Direito Administrativo teve início como ramo autônomo no Estado Moderno, quando se iniciou o desenvolvimento do conceito de Estado de Direito, o qual é estruturado sobre o princípio da legalidade, onde os governantes e governados se submetem a Constituição.¹⁶ O período histórico foi considerado como o grande marco para o direito do cidadão, eis que o Estado teria que observar, como qualquer outro integrante da sociedade, as leis.

O autor Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que, erroneamente, há a impressão de que o Direito Administrativo é concebido em favor do poder ao invés de

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 9-22.

¹⁵ CARVALHO FILHO, Jose dos santos. **Manual de Direito Administrativo**. op. cit. p. 7.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

ser considerado como uma forma de limitação aos poderes do Estado e como um conjunto de deveres da Administração perante os administrados, eis que foi encarado como um direito excepcional por dissentir do direito comum, o direito privado.¹⁷

De acordo com Gustavo Binbenojm, a gênese defendida por parcela majoritária da doutrina, a qual preceitua a visão garantística do Direito Administrativo, o Estado subordinado à lei com o objetivo de garantir o interesse público, não passa de um mito, eis que o direito administrativo estabeleceu institutos mais voltados à autoridade do que à liberdade. Para o autor, a criação jurisprudencial apenas demonstra que não houve submissão do Estado a vontade do Legislador, mas tão somente a perpetuação do Antigo Regime, vide as peculiaridades da supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração e outras, as quais expressam o poder administrativo. Por esta razão, que, para o autor, os direitos fundamentais não ganharam no Direito Administrativo tamanha proporção albergada pelo Direito Constitucional.¹⁸

1.2. Prerrogativas públicas

Parcela majoritária da doutrina administrativa preleciona que as prerrogativas públicas intensificam a superioridade da Administração Pública em face do particular, são frutos do poder administrativo. Ao mesmo tempo estas prerrogativas têm a finalidade de assegurar o interesse público, e para atingir tal objetivo, faz-se necessário a limitação do direito do particular. Neste sentido, esclarece José Cretella Júnior:

As prerrogativas públicas são as circunstâncias favoráveis ou propícias, que os sistemas jurídicos atribuem às pessoas jurídicas a fim de que, do melhor modo e com a maior economia possível, possam concretizar o interesse público, mediante limitações impostas ao interesse do particular.¹⁹

Tem-se a exorbitância e a instrumentalidade como principais características das prerrogativas públicas. A exorbitância, no sentido de busca pela autonomia científica, indica a particularidade dos institutos, das regras, princípios e finalidades do Direito

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 38-42.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Op. cit. p. 49-78.

¹⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280>>. Acesso em: 09 de Mai. 2017.

Administrativo quando comparado ao Direito Comum. Ao passo que a instrumentalidade está relacionada a poderes instrumentais que a prerrogativa pública detém para tornar possível ou otimizar suas atividades em prol do interesse público. De maneira singela, as finalidades das prerrogativas públicas são satisfazer o dever de tutela do interesse público, afirmar a supremacia do interesse público sobre o privado e a melhor consecução dos seus fins, por meio da eficiência.²⁰ Pode-se dizer que a Escola de *Puissance Publique*²¹ influenciou de maneira significativa as prerrogativas públicas no Direito Administrativo.

Veja-se que, conforme conceitua José Cretella Júnior, a Administração é beneficiária de prerrogativas, que a colocam numa posição de superioridade ao particular, mas também de restrições e limitações estranhas a este:

Esse regime jurídico público, que regula os diferentes momentos da ação administrativa é, pois, constituído de altos e baixos, de majorações e minorações, de maximizações e minimizações, de senhorio e servidão, de potestade e sujeições, informando cada ato administrativo ou cada operação da Administração, a tal ponto que o administrador caminha por um iter e desenvolve um programa, que não é o seu, mas o do interesse público, alicerçando-se em cada pronunciamento, no pedestal privilegiado que lhe dá sua condição de potestade pública, mas ao mesmo tempo, ficando circunscrito a uma série de ligamentos ou sujeições que lhe políam a vontade, lembrando-lhe a cada instante o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.²²

O princípio da superioridade do interesse público sobre o interesse privado foi objeto de reflexões pelo autor Fábio Medina Osório. Em sua obra expõe o autor que o referido princípio não é absoluto, uma vez que deve observar a legalidade e o respeito ao Estado Democrático de Direito. Ademais, esclarece que o princípio ostenta *status* constitucional, mesmo não existindo norma que consagre como princípio geral da Administração Pública. Esta deve agir sempre com a finalidade de satisfazer os interesses da coletividade por meio da observância do princípio da eficiência, de modo

²⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 26.02.2010. 332f. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010. p. 42-45. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>> Acesso em: 12 Mai. 2017.

²¹ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “(...) a ideia base inicialmente considerada como o fator de desencadeamento do Direito Administrativo e pólo aglutinador de seus vários institutos foi a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados.” MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 44.

²² CRETILLA JÚNIOR, José. **Prerrogativas e sujeições da administração pública**. Op. cit., p. 32.

que o autor considera que os princípios mencionados estão intrinsecamente ligados já que o Poder Público é detentor de certas prerrogativas para tornar o serviço eficiente.²³

1.3. A Constituição da República Federativa do Brasil e o Direito Administrativo

Luís Roberto Barroso destaca que o grande marco para o direito constitucional na Europa foi o pós Segunda Guerra Mundial, ao passo que no Brasil foi a promulgação da Constituição de 1988 e o período de redemocratização albergado por esta.²⁴

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito, o qual conferiu grande avanço na adoção das soluções consensuais no âmbito da Administração Pública, uma vez que valorizou a participação do cidadão no exercício das funções públicas.

As constituições contemporâneas destacaram elementos normativos vinculados a valores e a dignidade da pessoa humana. Ana Paula de Barcellos destaca que o neoconstitucionalismo, denominado por parcela da doutrina como constitucionalismo contemporâneo, é um fenômeno humano ligado diretamente a própria história do Direito Constitucional. Organiza as características do fenômeno em dois grupos: um que congrega elementos metodológico-formais e outro que reúne elementos materiais. Quanto aos elementos metodológico-formais os subdividem em normatividade da constituição (normas jurídicas dotadas de imperatividade), superioridade da constituição e centralidade da carta nos sistemas jurídicos. Quanto aos materiais os subdividem em incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.²⁵

²³ OSÓRIO, Fabio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527>>. Acesso em: 22 Mai. 2017.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 30 Maio 2017.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, p. 1-31. Disponível em: < http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20160225212830_59.pdf > Acesso em: 30 Mai. 2017.

A característica destacada pela autora no que tange a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos fornece a ideologia de que os demais ramos do Direito devem ser interpretados a partir da Constituição. Neste sentido o Direito Administrativo passa a valorar os princípios e valores albergados pela Constituição.

Luís Roberto Barroso observa ainda que:

Três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.²⁶

A consensualidade no âmbito do direito administrativo é, de certa forma, reflexo do princípio da eficiência, da participação democrática nas decisões administrativas e da construção de uma cultura de consensualidade administrativa. O grande objetivo passa a ser a atualização da atividade de administração pública, tendo como base princípios liberais e democráticos, com a finalidade de levar eficiência ao desempenho da Administração.²⁷

De acordo com Luis Carlos Bresser Pereira o “Estado brasileiro passou por duas grandes reformas administrativas – a burocrática, iniciada em 1937, e a gerencial, que começa em 1995”. A primeira ocorreu no Governo Vargas, foi uma reforma própria do Estado Liberal, com o objetivo de transformar a Administração Pública em serviço profissional baseado no Estado de Direito e na competência técnica. A segunda surge em resposta ao desequilíbrio entre a forma administrativa de Estado, Estado burocrático, e o modelo político adotado pelo Brasil, Estado Democrático Social. Foi necessária a

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Op. cit., p. 30.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo - Novas Considerações (Avaliação e controle das transformações). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 2, junho/julho/agosto/2005, p. 12-14. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-2-junho-2005-diogo%20figueiredo.pdf>. Acesso em: 22 Maio 2017.

transformação em uma Administração Pública capaz de prestar com eficiência os serviços sociais e científicos de relevância pública.²⁸

A despeito de sua origem autoritária, foi possível verificar sua transformação, lenta e gradual, em busca de pactuar com o Estado Democrático de Direito, o qual indica que o Estado deve estar submetido à vontade do povo e da ordem jurídica.²⁹

Assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o Direito Administrativo se constitucionalizou à medida que a ordem jurídica passou a ter como norma fundamental a Constituição. Desta feita, passou a apresentar características do neoconstitucionalismo, como qualquer ramo do Direito Interno:

1 – a supremacia dos direitos fundamentais constitucionais; 2 – a força preceptiva das normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios; 3 – a sobreinterpretação da Constituição, para dela deduzir princípios implícitos; 4 – a universalidade aplicativa da Constituição, ou seja, a possibilidade de aplicação direta sobre todas as relações jurídicas, seja de que ramo forem; e 5 – a orientação ética da Constituição, com o rigoroso respeito dos valores implícitos nos direitos fundamentais e no seu ethos democraticamente legitimado.³⁰

O autor ainda esclarece que o grande objetivo passou a ser a atualização da atividade da Administração Pública, levando em consideração os princípios liberais e democráticos, na tentativa de recuperar os atrasos na legislação e na jurisdição, com o fim de levar eficiência no desempenho. Para isso foi necessário vencer os atrasos:

1º a imperatividade sem limites, à outrance; 2º a intangibilidade de atos políticos da Administração Pública; 3º a insindicabilidade da discricionariedade administrativa; 4º a exclusão do administrado das decisões, inclusive por deficiências processuais; e 5º a persistência mítica do conceitos de razões de Estado e de supremacia do interesse público. Vários temperamentos foram necessários para superar esses cinco pontos críticos (oferecidos também em lista exemplificativa): 1º a introdução da consensualidade sempre que possível; 2º a submissão jurídica ao controle de qualquer atoda Administração Pública; 3º os controles de realidade e de razoabilidade do ato discricionário; 4º as garantias de crescente participação

²⁸ PEREIRA, Luís Carlos Bresser. Os primeiros passos da reforma gerencial do estado de 1995. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez./2008-fev./2009, p. 02-03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-LUIZ%20CARLOS%20BRESSER.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. Op. cit. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280>>. Acesso em: 19 Mai. 2017.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit. p. 137

do administrado; e 5º a afirmação da supremacia dos direitos fundamentais, notadamente do megaprincípio da dignidade da pessoa humana.³¹

Contudo, ainda há severas críticas doutrinárias em razão das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, da discricionariedade dos atos administrativos e do poder de polícia.

1.4. Princípios norteadores do Direito Administrativo Contemporâneo

Gustavo Binbenojm destaca que o avanço do constitucionalismo moderno influenciou diretamente os princípios do Direito Administrativo, uma vez que os direitos fundamentais passaram a constar expressamente nas constituições e terem como destinatário principal o homem. Passou-se a valorizar a dignidade da pessoa humana e a legitimação e limitação do poder estatal:

A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal. Em que pese o destaque que ostentam os direitos fundamentais no regime democrático-constitucional, fato é que, como condição mesma à vida em sociedade e à própria proteção e promoção dos aludidos direitos, faz-se necessário, também, tutelar interesses de cunho nitidamente coletivo, voltados a atender demandas que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos. É essa a justificativa para o constituinte, em um número significativo de casos, ter reconhecido direitos de natureza transindividual e permitir a limitação de interesses individuais em prol da tutela de anseios difusos. Citem-se, nesse sentido, o direito do meio ambiente e a função social da propriedade; o instituto da desapropriação e a cobrança de tributos, todos avessos a aspirações puramente particulares. Depreende-se, assim, que as dimensões individual e coletiva convivem, lado a lado, no texto constitucional, impondo-se como paradigmas normativos a vincular a atuação do intérprete da Constituição. A despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja interesse público, conceito jurídico indeterminado por excelência, pode-se afirmar que a expressão aponta, em sentido lato, para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam os atos e medidas do Poder Público.³²

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo - Novas Considerações (Avaliação e controle das transformações)**. Op. cit. p. 12-13.

³² BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 25 Mai. 2017.

Insta salientar que embora não seja o objeto do presente estudo, interessante tecer breves considerações acerca de relevantes princípios aplicáveis ao Direito Administrativo Contemporâneo, sem o intuito de esgotá-los, mas apenas demonstrar sua crescente importância.

1.4.1. Princípio da juridicidade

Hodiernamente, é conceituado pela doutrina como uma nova acepção do princípio da legalidade.³³ Este, por sua vez, está relacionado como Estado de Direito, ou seja, o Estado cria a lei e se submete a mesma, sempre com o dever de observar a segurança jurídica e os direitos individuais.

Nesse sentido a atuação da Administração Pública deve ter como base a lei, mas também deve estar em consonância com valores éticos. Como exemplo elucidativo, tem-se a Súmula Vinculante nº 13, a qual veda o nepotismo.

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.³⁴

Noutro giro, o princípio da juridicidade é uma consequência do neoconstitucionalismo. Em razão disto, pode ser definido como uma sujeição dos atos estatais a uma legalidade ampla, ou seja, a atuação administrativa deve observar o ordenamento jurídico como um todo (princípios gerais do direito, princípios constitucionais, valores e regras).³⁵

1.4.2. Princípio da publicidade

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013, p. 58.

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 02 Jun. 2017.

³⁵ ARAGÃO, loc. cit.

A publicidade dos atos administrativos revela papel fundamental na concretização do Estado Democrático de Direito já que possibilita ao administrado maior participação fiscalizatória. Neste sentido, para o autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto o princípio da publicidade é instrumental já que imprescindível para que o administrado exerça o controle da legalidade, legitimidade e moralidade das ações do Poder Público, somente assim é possível constatar a conformidade ou desconformidade com o ordenamento jurídico.³⁶

Para Hely Lopes Meirelles a publicidade, como princípio de administração pública “abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes”.³⁷

A publicidade confere ao administrado o poder de participar e controlar a atuação da Administração Pública. Neste sentido, foi promulgada a Lei nº 12.527 de 2011, que regulou o acesso a informações previsto no artigo 5º, XXXIII da Constituição Federal e foi considerada instrumento fundamental para concretizar a democracia na sociedade brasileira, eis que permitiu o acesso aos critérios adotados pela Administração em sua atuação.³⁸

1.4.3. Princípio da eficiência e o direito a boa administração

O princípio da eficiência destaca o homem e seus direitos fundamentais como destinatários finais de toda a atuação do poder público.

Hely Lopes Meirelles destaca o princípio da eficiência como um dever imposto a todo agente público de realizar suas funções com a maior excelência possível. O autor ainda destaca que é o princípio mais moderno da função administrativa, a qual deve ser desempenhada não apenas observando a legalidade, mas esta e os resultados positivos

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit. p 152.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 90.

³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Lei nº 12.527/2011 e o planejamento da ação estatal: uma interpretação orientada a prevenir a desinformação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 109-133, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46460>>. Acesso em: 17 Jun. 2017

para o serviço público. Lembra ainda que o dever de eficiência corresponde ao direito à boa administração prolatado pela doutrina italiana.³⁹

Em sentido semelhante o autor Diogo de Figueiredo Neto preceitua que a boa administração é “um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos.”⁴⁰

Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicita ainda que a eficiência administrativa está intrinsecamente relacionada com a melhor realização de gestão dos interesses públicos, com a plena satisfação dos administrados e o menor custo à sociedade. O poder público tem o objetivo de produzir resultados com excelência por meio de uma boa administração, a qual é considerada pelo autor como um direito cívico, implícito na cidadania.⁴¹

O princípio da eficiência está intimamente relacionado à boa administração. Aquele foi expressamente inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil em 1998 pela Emenda Constitucional nº 19. O desenvolvimento da administração pública gerencial reconheceu que não era suficiente apenas a produção de resultados, mas estes deveriam ser produzidos com excelência, sempre na busca do melhor atendimento possível a finalidade do ato praticado.

O poder público tem o dever de prestar uma boa administração. O artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais consagra a boa administração como um direito inerente ao homem, nos seguintes termos:

Artigo 41º.

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,
- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 93.

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit. p 184.

⁴¹ *Ibid.* p 182.

- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.⁴²

Na Constituição Federal, o dever da boa administração decorre do *caput* do artigo 37 e é complementado pelos comandos específicos do *caput* do artigo 70, o qual determina a obrigatoriedade da legitimidade e da economicidade da gestão pública.⁴³

Os parâmetros albergados pelo princípio eficiência e o direito/dever a boa administração estão vinculados ao regime de juridicidade do Estado Democrático de Direito na medida em que preza pela melhor prestação do serviço ao destinatário final, ou seja, ao administrado.

1.4.4. Princípio da cidadania

O autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que este princípio ressalta o cidadão como real protagonista de toda atuação política e jurídica do Estado. Ou seja, o cidadão por um lado é capaz de definir a finalidade, o conteúdo, os limites e os meios das ações estatais e por outro é o destinatário das ações, irá usufruir das ações de maneira direta ou indireta.⁴⁴

1.4.5. Princípio da responsividade

⁴² UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 15 Mai. 2017.

⁴³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Artigo 70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Mai. 2017).

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 147.

O autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto o destaca como característico do Estado Democrático de Direito, eis que visa à harmonia entre o interesse da coletividade e da racionalidade pública. Os atos administrativos devem ser legais e legítimos, ou seja, devem observar os preceitos legais e a vontade dos administrados. Destaca o autor que “responsividade é a esperada reação governamental nas democracias em concordância e obediências à vontade dos governados”.⁴⁵

1.4.6. Princípio da consensualidade

A substituição do Estado Totalitário pelo Estado Democrático de Direito resultou em uma crescente participação de diversos setores da sociedade nas questões de natureza pública, com maior participação popular nas decisões políticas. Passou a ser necessário que o exercício político fosse resultado de uma vontade coletiva.⁴⁶ Neste sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que:

A moderna literatura sociopolítica sobreleva o papel das instituições do consenso na construção de sociedades livres em substituição aos sistemas que se fundavam fortemente nas instituições de comando. É certo que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades humanas mas também é certo de que não é suficiente para que elas progridam livremente, de modo a permitir o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais.⁴⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta que apesar da imperatividade ser característica marcante do Estado, o qual concentra o poder coercitivo, é inquestionável que o progresso da sociedade, o avanço da educação, da informação e da democracia resultaram na maior atuação consensual do Poder Público. Assim, é possível observar o crescimento do consenso como método mais célere para se atingir o interesse público. Portanto, “a consensualidade vem sobressaindo como uma válida alternativa para incrementar a eficiência administrativa, plenamente suportada, assim, no art. 37, caput, com sua atual redação ampliada”⁴⁸.

⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 154.

⁴⁶ GONÇALVES, Claudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 105-114, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45687>>. Acesso em: 16 Mai. 2017.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>>. Acesso em: 15 Mai. 2017

⁴⁸ *Idem*, **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p 173.

Odete Medauar salienta que o Direito Administrativo deve acompanhar a evolução da sociedade para que se torne mais efetivo, para que priorize o administrado e não apenas a autoridade. Para se atingir este fim é fundamental o crescimento do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea:

O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas em grande parte, pela atuação da Administração Pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia de direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas. O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança. A transformação sociopolítica é propícia a mudança de conteúdo e de forma do direito administrativo para que se torne mais acessível nos seus enunciados, para que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade, para que priorize o administrado, isolado ou em grupos, e não a autoridade. O enfoque evolutivo do direito administrativo significa, sobretudo, o intuito do seu aprimoramento como técnica do justo e, por isso, da paz social.⁴⁹

O que se pretende com a inserção do consenso na resolução de conflitos na relação entre Administração Pública e o administrado é reduzir a imperatividade albergada no Estado imperativo, verticalizado e fazer destacar formas mais céleres e menos autoritárias defendidas sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 267.

2. O CONSENSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. O Estado e a Democracia

A relação entre Estado e sociedade ecoa consequências diretas no direito administrativo. O modelo político anterior ao Estado Democrático de Direito raramente permitia o uso do consenso na resolução dos conflitos entre Administração e administrados, já que considerava a concentração do poder a razão da paz e segurança⁵⁰, mas como destaca Norberto Bobbio “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império.”⁵¹

A evolução do homem e da sociedade aproximou o homem do Estado e como consequência cresceu o interesse na participação da construção de um Estado mais democrático. Segundo Odete Medauar:

Os vínculos mais estreitos entre Estado e sociedade vão acarretar, ainda, novos mecanismos nas atividades administrativas, nem sempre possíveis de enquadrar em figuras jurídicas clássicas, elaboradas para uma outra realidade. Por exemplo: as parcerias entre administração e particular, as mediações entre grupos da sociedade.⁵²

No mesmo sentido destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro que a participação popular é uma característica do Estado Democrático de Direito a qual aproxima o particular do Estado. Esta participação se dá pela atuação direta na gestão e no controle da Administração Pública:

Nesta terceira fase da evolução da Administração Pública, a participação do particular já não se dá mais nem por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio/2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>> Acesso em: 20 Mai. 2017.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.

⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.⁵³

A promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito e assegurou ao povo a titularidade do poder, a qual é exercida de forma direta ou por meio de seus representantes eleitos.⁵⁴

Ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o Estado Moderno, formado pelas sociedades monoclasse e biclasse, é caracterizado, até meados do século XX, pelas democracias formais, onde apenas é consagrado o exercício da democracia mediante a escolha dos agentes políticos. O surgimento das sociedades pluriclasse tornou os cidadãos mais exigentes, os quais consagram a ampliação da participação no governo, não basta apenas escolher os governantes, para o real exercício da democracia é relevante a escolha de políticas públicas. Trata-se da democracia substantiva, ainda em construção nas sociedades contemporâneas. Neste sentido o autor afirma que:

Assim, não mais bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada como instrumento democrático.⁵⁵

A democracia substantiva aponta maior participação dos cidadãos na definição de políticas públicas e na tomada de decisões administrativas, razão por que é indicada, por teóricos jurídicos, como determinante na atuação administrativa consensual.

A consensualidade no âmbito da Administração Pública é considerada uma consequência natural da redemocratização albergada pela Constituição de 1988, já que

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 26-39, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45639>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 Mai. 2017)

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Op. cit., p. 2.

determina maior cidadania participativa. Mas ainda há grandes dificuldades para o seu completo desenvolvimento. Neste sentido, aponta Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde às aspiração do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger. A Constituição de 1988 trouxe alguns avanços nesse sentido. Mas grandes são as dificuldades, quer porque muitos dos instrumentos de participação estão previstos em normas programáticas, quer pelo desinteresse da grande massa da população, voltada que está para a própria sobrevivência, quer pelo desinteresse do poder público em implantar esses mecanismos.⁵⁶

Assim, um dos fatores que propiciaram a evolução da consensualização pelo ordenamento jurídico foi a evolução da democracia substantiva. Entretanto, é possível observar outros fatores responsáveis pelo crescimento deste instituto.

Destaca Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka a contratualização e concertação administrativa como fatores da ascensão da consensualização no Direito Administrativo. Aquele retrata a mudança das relações administrativas baseadas na imperatividade e unilateralidade por relações baseadas na negociação. Já a concertação administrativa indica a renúncia da Administração de seus poderes de império para realizar acordo com particulares.⁵⁷

A eficiência é indicada como outro fator de ascensão. Tornou-se princípio expresso mediante a alteração do texto constitucional introduzido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Hodiernamente, é considerado um direito fundamental, conforme preleciona o artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais do Homem.

Deve a Administração utilizar os menores custos e menores sacrifícios da sociedade para obter os melhores resultados. Conforme Hely Lopes Meirelles, a

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação popular na administração pública**. Op. cit., p. 38.

⁵⁷ OLIVEIRA, Gustavo; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova face da Administração Pública no séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>>. Acesso em: 20 Mai. 2017.

eficiência é um “dever que se impõe a todo agente público”.⁵⁸ Ou seja, deve-se buscar o maior aproveitamento possível dos meios existentes e os melhores resultados.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto a utilização do poder resulta na formação das instituições, que, em conjunto, formam as civilizações. Neste processo de formação, o dinamismo do poder comporta a relação entre a cooperação e o antagonismo. Este é o grande responsável pelos conflitos, guerras, mas de certa maneira leva ao progresso, apesar do alto preço em vida e valores humanos. Aquela, por sua vez, é responsável por desenvolver virtudes sociais como a tolerância e a confiança, o que torna possível o surgimento do consenso.⁵⁹

2.2. Atuação administrativa consensual

Antes de tecer considerações acerca da consensualização no âmbito administrativo, importante destacar que o autor Thiago Marrara orienta que consenso, consensualidade e consensualização não são sinônimos. Neste sentido, leciona que:

A consensualização propriamente dita representa um fenômeno de construção teórico-normativa de canais jurídico-operacionais aptos a viabilizarem consenso no planejamento e na execução das funções administrativas. Esses canais assumem caráter orgânico (como a previsão de direito de voz e voto para alunos em colegiados de universidades públicas ou de representantes do povo em conselhos nacionais de políticas públicas), procedimental (como audiências realizadas no licenciamento ambiental) ou contratual (como os compromissos de cessação de prática infrativa e a própria leniência). Todos eles constituem meios para a busca do consenso nas relações entre Estado e Administração, nas relações entre entes públicos ou em relações entre órgãos de um mesmo ente. Como meios, sua existência por si só não garante consenso. É perfeitamente possível que eles estimulem até dissensos em certos casos. Por isso, consensualização, consenso e consensualidade jamais poderiam ser tomados como sinônimos. Consenso significa consentimento recíproco; consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou execução das políticas públicas. Os dois termos apontam para resultados. Consensualização, por sua vez, é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos.⁶⁰

A Administração Pública consensual ecoa como a nova fase do Direito Administrativo no século XXI. Os juristas não negam a evolução, seja pela

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 93

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Op. cit., p. 131-132.

⁶⁰ MARRARA, Thiago. **Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Op. cit., p. 510.

interpretação em consonância com a Constituição Federal ou pela busca da maior efetividade e eficácia no âmbito administrativo, mas também reconhecem que ainda há muito a se progredir.

Odete Medauar discursa acerca da importância da Administração Pública e sua evolução em paralelo ao Direito Constitucional ao reconhecer que os cidadãos são detentores de direitos fundamentais e não apenas administrados:

A importância da Administração se revela pelo tratamento amplo que hoje recebe nas Constituições, inclusive a brasileira. Revela-se, ainda, pela preocupação, quase universal, em modernizá-la, para que se tenha eficiência, atue sem corrupção, não desperdice recursos públicos e respeite o indivíduo, tratando-o como cidadão, portador de direitos, não como súdito que recebe favor. A tentativa de modernizar a Administração muitas vezes se expressa em propostas de *reforma administrativa*, que, em geral permanecem na condição de promessa de campanha ou se limitam a extinguir órgãos, com dispensa de servidores. O tema de reforma administrativa, então, vem sendo reiterado, também no Brasil, o que se mostra necessário, até que medidas efetivas propiciem melhoria contínua e crescente no funcionamento da Administração⁶¹.

Neste mesmo sentido é a reflexão de Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka ao indicar que o Direito Administrativo transformou-se ao permitir a possibilidade do uso da consensualização, por meio de contratos, acordos, diálogos, negociação, transação, em meios essencialmente imperativos com o objetivo de buscar a eficácia da atuação.

Uma das linhas de transformação do direito administrativo consiste em evidenciar que, no âmbito estatal, em campos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade. Aplicada ao terreno da Administração pública, essa orientação gerou expressões como Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária Administração dialógica, e mais recentemente, Administração consensual. Cumpre notar que tal diversidade terminológica acaba tendo efeitos positivos, principalmente porque evoca o fato de que administrar por meio de métodos ou instrumentos consensuais não significa, necessariamente, lançar mão da figura clássica do contrato administrativo. O sentido das expressões elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária.⁶²

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Op. cit., p. 31.

⁶² OLIVEIRA, Gustavo; SCHWANKA, Cristiane. **A Administração Consensual como a Nova face da Administração Pública no séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação**. Op. cit., p. 61.

Assim, apesar da gênese imperativa, a Administração Pública, em virtude da promulgação da Constituição Federal, deve zelar pelos objetivos do Estado Democrático de Direito, o que é inferido de maneira mais acessível com o uso do consenso quando possível. Não se pretende a redução completa da imperatividade no âmbito administrativo, mas o reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo e de que certos meios são mais eficazes que outros para zelar pelo bem comum.⁶³

Conforme reconhece Alexandre Santos de Aragão, “(...) a Administração consensual é um corolário necessário da tese que vê a legitimação da Administração não mais na lei, mas na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos”.⁶⁴

2.2.1. Instrumentos da consensualidade

Tradicionalmente a atuação administrativa é marcada por atos administrativos dotados de imperatividade e unilateralidade. Destaca Juliana Bonacorsi de Palma que o elemento caracterizador da atuação administrativa imperativa é a prerrogativa imperativa, que é a possibilidade da Administração impor sua decisão de forma unilateral, fruto de um poder estatal que marca a verticalidade entre Estado e administrados. É uma prerrogativa genérica, pois fundamenta os poderes detidos pela Administração Pública e é externada através de atos e contratos administrativos. Já a prerrogativa sancionatória é a possibilidade da Administração Pública impor ou não sanções administrativas, é fruto do poder administrativo, reconhece-se a possibilidade de aplicação de sanção por ilícito penal. Destaca-se que aqui há uma aproximação do Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal. Esta aproximação resultou em diversos estudos acerca da limitação das sanções administrativas em respeito aos direitos fundamentais principalmente nos sistemas da Europa Ocidental, que repercutiram no sistema administrativo brasileiro.⁶⁵

⁶³ LIMA, M. S. DE. **Fundamentos para uma administração pública dialógica**. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf>. Acesso em: 22 Mai. 2017.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. “A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”, in **Revista de Informação Legislativa**, vol. 42, n. 167, jul/set 2005.

⁶⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Op. cit. p., 56-81.

A atuação administrativa consensual não é recente no ordenamento jurídico brasileiro, vide o instituto da desapropriação amigável prevista no Decreto-Lei 3.365/41, o qual disciplina a desapropriação ordinária. É possível notar o instituto da consensualidade no artigo 10 e 22 no Decreto:

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. (Vide Decreto-lei nº 9.282, de 1946)

Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração.

Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

(...)

Art. 22. Havendo concordância sobre o preço, o juiz o homologará por sentença no despacho saneador.⁶⁶

Entretanto, até 1980 as normas que previam acordos entre a Administração e administrador eram pontuais, predominando ainda a imperatividade, “resumindo-se a mencionada desapropriação amigável administrativa ou judicial e ao Decreto 94.764 na matéria ambiental”⁶⁷, o qual foi revogado pelo Decreto 99.274/90.

A década de 1990 e início dos anos 2000 marcou grande avanço na normatividade dos acordos administrativos e judiciais, não mais restringidos às matérias de desapropriação e ambiental, mas também ao mercado de capitais. Destaca Juliana Bonacorsi de Palma que o aumento da previsão normativa deve ser vista pela maior perspectiva de celeridade e eficácia do processo, o que gerou a positivação de termos de compromisso, termos de ajustamento de conduta, mediação, conciliação e arbitragem. Grande exemplo do aumento da normatividade da funcionalidade do processo é a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais. Pouco a pouco os instrumentos consensuais foram surgindo ao longo da efetivação da Constituição Federal de 1988.⁶⁸

Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka destacam os seguintes exemplos de consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro:

⁶⁶ BRASIL, **Decreto Lei 3.365**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 27 Mai. 2017.

⁶⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Op. cit.. p. 171.

⁶⁸ *Ibid.* p. 172-173.

(...) o art. 10 do Decreto lei n. 3.365/41, segundo o qual “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente ...”; (ii) o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no §6º do art. 5º da Lei federal n. 7.347/85 (Ação Civil Pública); (iii) os acordos no âmbito da execução dos contratos administrativos, nos termos da Lei federal n. 8.666/93, 8.987/95, 11.079/04 e 11.107/05;49 (iv) o compromisso de cessação de prática sob investigação, nos processos em trâmite na órbita do CADE (art. 53 da Lei federal n. 8.884/ 94), e (v) o contrato de gestão, previsto no § 8º do art. 37 da Constituição de 1988 (preceito inserido com a EC n. 19/98).⁶⁹

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto o instituto da consensualidade tem sido aplicado em diversos setores do Direito Administrativo, que pode ser adotado pela via contratual e pela via do acordo não contratual. Estabelece o autor uma classificação das modalidades consensuais da administração concertada segundo a natureza da função e o resultado administrativo visado: (i) decisão consensual, o qual abrange o plebiscito, referendo, debate público e audiência pública; (ii) execução consensual, presente em contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação; e (iii) solução de conflitos consensual, que inclui a prevenção de conflitos, como nas comissões de conflito e acordos substitutivos, e na solução propriamente dita, que pode se dar por meio de mecanismos de conciliação, mediação, arbitragem, ajustes de conduta, entre outros.⁷⁰

Considerando todas estas peculiaridades do instituto da consensualidade, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka, sintetizam:

Assim sendo, parece ser pertinente apontar a existência de um módulo consensual da Administração Pública, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.⁷¹

⁶⁹ OLIVEIRA, Gustavo; SCHWANKA, Cristiane. **A Administração Consensual como a Nova face da Administração Pública no séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação**. Op. cit., p. 318.

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**. Op. cit., p. 148-149.

⁷¹ OLIVEIRA, Gustavo; SCHWANKA, Cristiane. **A Administração Consensual como a Nova face da Administração Pública no séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação**. Op. cit. 319.

Trata-se, portanto da ascensão da Administração Pública Consensual, que privilegia o diálogo com os administrados e a democracia.

2.3. Obstáculos à aplicação da consensualidade

O Direito Administrativo se transforma na medida em que a sociedade também a faz, porém não se pode sustentar que as mudanças são naturalmente aceitas por aqueles que detêm o poder, os quais estão habituados com a imperatividade e a unilateralidade. Assim, é necessário ultrapassar certas resistências.

Grande obstáculo enfrentando por doutrinadores pró-consensualismo na Administração Pública é a cultura positivista/legalista do Direito Administrativo. Para uma real evolução da sociedade é necessário que haja interpretações que busquem o avanço, busquem a interpretação e reinterpretação em consonância com a Constituição Federal e não somente o reprise de interpretação já auferida. Assim afirma Luís Roberto Barroso:

Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm que ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não lhes aplicando automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.⁷²

Outro obstáculo encontrado diz respeito à indisponibilidade do interesse público. Importante mencionar que Celso Antonio Bandeira de Melo distingue interesse público primário de interesse público secundário. O primário consiste na realização de políticas públicas voltadas para o bem social, em satisfazer o interesse da sociedade, da coletividade. Está ligado aos objetivos do Estado previstos no artigo 3º da Constituição Federal. Ao passo que o interesse secundário está ligado aos interesses do Estado como pessoa jurídica, o qual pode ter interesse próprio.⁷³

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5 ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., 65-68.

Esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto que a Administração Pública ao utilizar institutos consensuais na resolução de conflitos não está a negociar o interesse público, mas a negociar o modo de atingi-lo. O administrador sempre deve utilizar o meio mais eficaz para se atingir aquele fim, deve-se buscar modos alternativos para retomar a normalidade das relações entre administrador e administrados mediante o diálogo e não a simples imposição unilateral de vontade pelo Estado.

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência. É que coexiste com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse último, em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que, em princípio, deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.⁷⁴

Destaca ainda Diogo de Figueiredo Moreira Neto que há diversos benefícios da ascensão do consenso na Administração Pública:

É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (ilicitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).⁷⁵

Necessário ultrapassar os obstáculos à consensualização para que se obtenha a legislação e a jurisprudência em consonância com os direitos fundamentais produzidos na Constituição Federal e se tenha uma administração eficiente.

2.4. O advento do Novo Código de Processo Civil

A partir da segunda metade do século XX intensificou-se o questionamento acerca da possibilidade de celebração de acordos ou transações entre o Poder Público e

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Op. cit., p. 16.

⁷⁵ *Ibid.* p. 2.

particulares. O Direito Processual Civil assim como o Direito Administrativo não se quedou inerte.

O Código de Processo Civil de 16 de março de 2015 valorou a forma alternativa de solução de conflitos. Os §§ 2º e 3º do artigo 3º do Código de Processo Civil preveem que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos e que as partes e os representantes da justiça deverão estimular a resolução do litígio por meios consensuais, *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
 § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
 § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
 § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.⁷⁶

Destaca Fredie Didier Júnior que há duas formas para tutelar e proteger os direitos, o que o autor denomina de resolução de conflitos por meio da autocomposição e da heterocomposição. Esta é a resolução de conflitos por um terceiro imparcial e estranho à lide, exemplo clássico é a jurisdição estatal. Aquela é a resolução de conflitos na qual as próprias partes decidem pôr fim ao litígio mediante concessões mútuas ou pelo reconhecimento da pretensão das outras.⁷⁷

Preleciona ainda o autor que a autocomposição é a forma de solução consensual de conflitos que:

(...) pelo consentimento espontâneo de um dos contentores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio (...) é gênero da qual são espécies: a) transação: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) submissão: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses.⁷⁸

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 Mai. 2017.

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 153-191.

⁷⁸ *Ibid.* p. 165.

Fredie Didier Júnior ressalta inclusive a possibilidade da existência do princípio do estímulo da solução por autocomposição, o qual orienta toda a atividade estatal.⁷⁹

Veja-se que o ordenamento jurídico caminha para a resolução de conflitos por meio consensual.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 apenas reforçou ideia já iniciada pela Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça de 29 de novembro de 2010, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.⁸⁰

Também em 2010 o Projeto de Lei n° 166/2010 teve seu início no Senado Federal, o qual foi transformado no Projeto Substitutivo n° 8.046/2010 na Câmara dos Deputados e em 2014 o então Código de Processo Civil foi finalmente aprovado pelo poder Legislativo.⁸¹ Em seu texto houve grande destaque para a mediação e a conciliação.⁸²

Em consonância com os avanços do ordenamento jurídico, o artigo 174 do mesmo diploma legal prevê a possibilidade da resolução consensual de conflitos no âmbito administrativo, *in verbis*:

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil**. Op. cit., p. 273.

⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Atos normativos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 Mai. 2017.

⁸¹ CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM-CONIMA. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 22 Mai. 2017.

⁸² Ensina Fredie Didier Júnior que “mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Destaca ainda o autor que a diferença entre a conciliação e a mediação é sutil: “O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo inclusive sugerir soluções para o litígio. A técnica é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os indivíduos. O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador de diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso a mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Op. cit., 275-276.)

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.⁸³

Destaca Daniel Amorim Assumpção Neves que a resolução consensual de conflitos pela Administração pública é possível em razão de nem todo direito defendido pela Administração ser indisponível e porque mesmo quando indisponível é possível a transação acerca dos prazos e formas de cumprimento de obrigação.⁸⁴

A autocomposição não deve ser vista apenas como meio para a redução de processos no Poder Judiciário, deve ser visto como incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica.

⁸³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 24 Mai. 2017.

⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p. 108-109.

3. O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO EXPRESSÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA

3.1. Breve contexto histórico da Lei n° 12.846/2013

Hodiernamente, o termo corrupção é um dos assuntos mais comentados pela sociedade. Advém do latim *corruptio*.⁸⁵ Significa decomposição, advém do suborno, e é indicador de uma degeneração social, diretamente relacionada à imoralidade. Há autores que relacionam sua gênese à gênese humana.⁸⁶

Bruno Wilhelm Speck esclarece ao Correio Braziliense que corrupção é o abuso de uma função pública para fins privados. Como exemplo elucidativo cita um funcionário público responsável pela fiscalização sanitária. Este deixa de aplicar a multa no valor de 2 mil reais a determinado estabelecimento pela não guarda adequada de produtos perecíveis, e em troca recebe o valor de 200 reais. Destaca o autor quem são os ganhadores e perdedores do caso. Cita como ganhadores, o funcionário corrupto e o dono do estabelecimento corruptor, como perdedores, o consumidor de produtos e alimentos, o poder público e o empreendedor privado. E ainda elucida que a corrupção nunca deixará de existir, mas a frequência pode diminuir de acordo com o sistema de regulação, a severidade na punição e a probabilidade de sua aplicação. Neste sentido observa que:

A corrupção se desenvolve mais em sistemas onde há regras pouco claras e até contraditórias, onde a chance de ser descoberto é pequena porque não há um sistema de prestação de contas ou fiscalização, onde as informações são pouco transparentes, as penalidades baixas e as possibilidades de postergar a sua aplicação através de recursos é grande. Neste meio é mais fácil fechar os acordos entre funcionários e cidadão ou empresa à custa da sociedade. O controle da corrupção deve ocorrer em duas frentes. De um lado os indivíduos envolvidos em corrupção devem ser responsabilizados. Isto diminuirá a expectativa da impunidade, um dos fatores responsáveis pela corrupção atualmente. Do outro lado, é necessário desenvolver sistemas de prevenção incluindo transparência, prestação de contas e fiscalização, que diminuam as oportunidades para novos acordos corruptos.⁸⁷

⁸⁵ ANDRADE, Jackeline Pávoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e da celeridade do processo de responsabilização através do acordo de leniência. Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA, v. 4, n. 1, p. 170-203, 2017). Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090>>. Acesso em: 30 Mai. 2017.

⁸⁶ *Ibid.* p. 171.

⁸⁷ SPECK, Bruno Wilhelm. Corrupção, prevenção e controle. **Correio Braziliense**, 30 de março de 2014. Disponível em:

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Entende-se por corrupção uma variedade de *abuso de poder* por parte de quem o detém, que consiste em usá-lo *indevidamente* para obter vantagens de seu interesse. O poder, em sua manifestação gregária, *deve ser empregado por quem esteja nele investido para cumprir uma destinação institucional*. Fora desse propósito, haverá uso indevido do poder por parte de *quem nele esteja investido* e, quando isso se dê com vistas a obter vantagens para satisfazer não importa que interesses pessoais, dá-se a *corrupção*, que, por sua própria etimologia, exprime uma conduta pervertida, deteriorada.⁸⁸

Frente ao crescimento da corrupção, o Brasil tem adotado ações anticorrupção em duas vertentes: com a criação de mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na Administração Pública e redução da percepção de impunidade dos agentes envolvidos, o que se obtém por meio de leis que reprimam condutas que atentem à probidade administrativa.⁸⁹

A Constituição Federal de 1988 prevê mecanismos de atuação anticorrupção: o artigo 5º, LXXIII, ao estabelecer que qualquer cidadão é competente para propor a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, mediante ação popular; o artigo 14,§9º ao prever a inelegibilidade em caso de quebra das regras de probidade administrativa, moralidade para o exercício do cargo; artigo 37, *caput*, com a submissão da Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; artigo 37,§4º e artigo 15,v, ao estabelecer sanções em casos de improbidade administrativa; artigo 129,III, ao prever a proteção dos bem jurídicos a ensejar o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública promovidos pelo Ministério Público; e artigo 85 ao prever crimes de responsabilidade do Presidente da República que atentem contra a probidade administrativa.⁹⁰

<<https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Corrup%C3%A7%C3%A3o,%20preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20controle.pdf>> . Acesso em: 30 Mai. 2017.

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Corrupção, democracia e aparelhamento partidário do estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 485-490, mar. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66754>>. Acesso em: 04 Jun. 2017.

⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140211-10.pdf>>. Acesso em: 30 Mai. 2017.

⁹⁰ ANDRADE, Jackeline Pávoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e da celeridade do processo de responsabilização através do acordo de

Vale ressaltar que o Brasil firmou compromissos internacionais com o objetivo de combater a corrupção no âmbito da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, (ONU) da Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o qual estabelece o reconhecimento da responsabilidade de pessoas jurídicas pela prática de corrupção. Com vistas a observar os compromissos firmados em âmbito internacional foi elaborado o projeto de Lei nº 6.826 de 2010.⁹¹

O projeto, proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro de 2010, com o objetivo de garantir a observância da integridade e da boa fé nos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2011, mas permaneceu paralisado no Senado Federal.

No Brasil, o combate à corrupção tornou-se popular e ganhou as ruas. A população reivindicou a moralidade e integridade dos governantes e clamou por um basta à corrupção. Exemplo disso foram os atos contrários aos gastos exorbitantes com a Copa do Mundo de 2014 e com os Jogos Olímpicos de 2016.⁹²

Em resposta as grandes manifestações espalhadas por todo o país, o Projeto de Lei nº 6.826 de 2010 obteve prioridade na tramitação e então foi aprovado em 05 de julho de 2013 e transformado na Lei Ordinária nº 12.846 em 02 de agosto de 2013.⁹³

Nesse sentido, observa Jackeline Póvoas Santos de Andrade:

leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo** (RDDA, v. 4, n. 1, p. 170-203, 2017). Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090>>. Acesso em: 30 Mai. 2017.

⁹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6826 de 2010**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Órgão de origem: Poder Executivo. Disponível em <http://www.caara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>. Acesso em: 30 Mai. 2017.

⁹² VILLELA, Gustavo. O Brasil foi às ruas em junho de 2013. **O Globo**, 15 mai. 2014. Disponível em: < <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/o-brasil-foi-as-ruas-em-junho-de-2013-12500090>>. Acesso em: 15 Jun. 2017.

⁹³ CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários a Lei 12.846/2013 – Lei anticorrupção. . **Revista Digital de Direito Administrativo** (RDDA, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015). Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090>>. Acesso em: 30 Mai. 2017.

A necessidade de adoção desse novo comando normativo remete aos compromissos firmados pelo Brasil diante da comunidade internacional, que já vinha adotando tanto a responsabilização objetiva quanto a responsabilização penal para a pessoa jurídica. Os esforços no sentido de cumprir o quanto determinado nesses compromissos e, ao mesmo tempo, oferecer resposta ao clamor social das Manifestações de Julho, como visto, deram origem a esse novo diploma legal.⁹⁴

A Lei 12.846 de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências, e tem como objetivo primordial sanar a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro no combate a atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. É constituída por 7 capítulos: disposições gerais, dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, da responsabilização administrativa, do processo administrativo de responsabilização, do acordo de leniência, da responsabilização judicial e disposições finais.⁹⁵

Há décadas não era possível imaginar que uma autoridade pública fosse negociar com determinado infrator confesso, responsável pelo desvio de bilhões de recursos públicos ou responsável por impactos lesivos ao interesse público primário. Era comum que a Administração Pública se voltasse a instauração de processos investigatórios com o objetivo de punir o infrator ou infratores. Porém, as infrações cresceram e se tornaram mais complexas e elaboradas. Além disto, os princípios garantistas como a presunção de inocência e da vedação da produção de provas contra si dificultaram o sucesso dos processos administrativos acusatórios. Em face da nova realidade, a Administração Pública percebeu que era preciso se adaptar, constatou maior vantagem em negociar e punir com base em processos administrativos instruídos do que aceitar o crescimento da impunidade em razão do não sucesso de processos acusatórios. O Brasil, assim, optou pela via utilitarista, ou seja, negociar com os infratores para enriquecer o processo e poder punir outros infratores. Negociar para se ter uma execução bem sucedida. Este é

⁹⁴ ANDRADE, Jackeline Pávoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e da celeridade do processo de responsabilização através do acordo de leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo** (RDDA, v. 4, n. 1, p. 170-203, 2017). Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090>>. Acesso em: 30 Mai. 2017.

⁹⁵ BRASIL, **Lei 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 31 Mai. 2017.

fundamento para o crescimento dos Acordos de Leniência, bem como da delação premiada.⁹⁶

A Administração Pública tem valorizado a crescente negociação e participação dos cidadãos na realização das suas atividades, na busca de concretizar a democracia substantiva. Neste contexto ampliou-se o uso de consenso no direito público, o uso de Acordos de Leniência com o fim negociar com os infratores para uma possível execução dos demais infratores.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três modalidades de Acordos de Leniência: acordo de leniência para infrações de corrupção, na defesa da concorrência e para infrações licitatórias.⁹⁷ O presente trabalho buscará tecer considerações acerca do Acordo de Leniência previsto na Lei nº 12.846 de 2013.

3.2. Acordos Substitutivos e Acordos Integrativos

As normas que dispõem acerca da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro apresentam duas categorias de acordos: substitutivos e integrativos.

Nos acordos substitutivos há o efeito terminativo do processo administrativo, quando celebrados substituem a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública ou põem fim ao processo instaurado por meio de ato bilateral. Prestam-se a três finalidades específicas, quais sejam, substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo, suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo ou impedir a instauração de processo administrativo sancionador.⁹⁸

⁹⁶ MARRARA, Thiago. **Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Op. cit., p. 511-513.

⁹⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato: Entenda o caso**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 16 Mai. 2017.

⁹⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Op. cit., p. 191-196.

Já os acordos integrativos são verdadeiros atos processuais, ou seja, não põem fim ao processo administrativo, são voltados a emissão de ato imperativo e unilateral pela Administração Pública. Neste sentido aponta Juliana Bonarcosi de Palma que

Este tipo de acordo caracteriza-se pelo delineamento do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração Pública de forma negociada, ou seja, não se afasta por inteiro a prerrogativa estatal, mas Administração e administrado firmam acordos com a finalidade de estabelecer o modo de emprego da autoridade estatal.⁹⁹

3.3 Conceito e características essenciais

A Administração tem valorizado, cada vez mais, a negociação e a participação dos particulares na realização das suas atividades. É neste contexto, de ampliação do consenso no direito público, que será examinado o Acordo de Leniência.

Para Thiago Marrara:

No processo administrativo sancionador, o chamado “acordo de leniência” designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção. Trata-se de instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas.¹⁰⁰

Assim, em linhas gerais pode-se definir o Acordo de Leniência como ato administrativo no qual a autoridade negocia com o particular a aplicação de uma sanção administrativa visando maior eficiência e qualidade na ação pública. É um instrumento consensual alternativo a aplicação sancionatória tradicional, estabelecido entre o poder público e um particular (pessoa jurídica). Neste sentido o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União afirma que:

O acordo de leniência pode ser celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações e Contratos, com

⁹⁹ PALMA, Juliana Bonarcosi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Op. cit., p. 197.

¹⁰⁰ MARRARA, Thiago. **Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Op. cit., p. 512.

vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.¹⁰¹

Ou seja, há uma transação entre o Estado e o infrator, há uma troca: informações privilegiadas, as quais garantem melhor fundamentação do processo administrativo, por abrandamento da sanção ou sua extinção.

O autor Thiago Marrara destaca que apesar das especialidades de cada acordo, o Acordo de Leniência possui características essenciais, quais sejam, é um acordo administrativo integrativo, não põe fim ao processo, mas integra o processo de modo a facilitar sua instrução e nos casos em que a leniência é firmada antes do processo a natureza integrativa persiste, eis que decorre da relação essencial do ajuste com o processo sancionador; não é capaz de excluir a ação unilateral do Estado, é natural que o acordo conviva com o processo e com um ato administrativo final punitivo ou absolutório; gera a obrigação de cooperar com a investigação e instrução do processo para o beneficiário ou colaborador por sua conta em risco já que assume o risco de também ser acusado e de arcar com os custos financeiros da cooperação; e gera para o Estado a obrigação de reduzir as sanções que seriam aplicadas ao infrator, o que revela a positividade da cooperação do particular.¹⁰²

3.4 Modalidades de Acordos de Leniência previstos na Lei n° 12.846 de 2013

Com a finalidade de auxiliar no combate à corrupção no país, o ordenamento jurídico brasileiro procurou estabelecer normas que possibilitam a punição dos responsáveis, como o Decreto-Lei n° 2.848/1940 (Código Penal), a Lei n° 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei n° 8.666/1993 (Lei de Licitações), Lei n° 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) e a Lei n° 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).¹⁰³

Salienta-se que no Brasil há duas espécies de Acordo de Leniência: para combater a prática de cartéis e para combater a corrupção. O Acordo de Leniência foi incorporado

¹⁰¹ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Acordo de leniência.** Disponível em: < <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 02 Jun. 2017.

¹⁰² MARRARA, Thiago. **Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes.** Op. cit., p. 513-514.

¹⁰³ RECH FILHO, Arby Ilgo, Acordo de Leniência no âmbito da Lei Anticorrupção. Constituição, empresa e mercado. Brasília: Gecen, 2017. p.30-47. Disponível em:< <http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf#page=36>>. Acesso em: 03 Jun. 2017.

ao sistema jurídico brasileiro mediante a Lei nº 10.149/2000, que alterou dispositivos a Lei nº 8.884/1994 (Lei de Defesa da Concorrência). Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, que instituiu o Programa de Leniência do CADE, houve modificações dos dispositivos da Lei nº 8.884/1998 referentes à autoridade competente para celebração do acordo, efeitos do acordo em âmbito penal e o fim do impedimento do líder do cartel ser proponente do acordo.¹⁰⁴ Já o Acordo de Leniência no combate a corrupção foi inserido no Brasil mediante a Lei 12.846/2013. Este instituto não estava previsto no texto original do Projeto de Lei nº 6.826/2010, sendo inserido tão somente em 2011. O Poder Legislativo optou por trazer um texto semelhante ao texto do Programa de Leniência do CADE. Em razão disto autores afirmam que o acordo de leniência anticoncorrencial serviu de base para o acordo de leniência anticorrupção e isto pode ser o motivo de sua ineficácia.¹⁰⁵

A Lei Anticorrupção prevê o instrumento do Acordo de Leniência na busca pelo combate a corrupção em duas modalidades: leniência para infrações de corrupção e leniência para infrações licitatórias.

3.4.1 Leniência para infrações de corrupção

Sob a influência das Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil e pelo corpo normativo dedicado a moralidade administrativa, integridade pública, foi publicada a Lei nº 12.846/2013, que disciplina a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas praticantes de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A referida Lei prevê a possibilidade de os entes públicos celebrarem Acordo de Leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei Anticorrupção:

¹⁰⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 04 Jun. 2017.

¹⁰⁵ RECH FILHO, Arby Ilgo, Acordo de Leniência no âmbito da Lei Anticorrupção. Constituição, empresa e mercado. Brasília: Gecen, 2017. p.30-47. Disponível em:< <http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf#page=36>>. Acesso em: 03 Jun. 2017.

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.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.¹⁰⁶

Nesse sentido demonstra Thiago Marrara:

(...) trata-se de diploma que cria uma esfera de responsabilidade civil e administrativa de natureza objetiva contra pessoas jurídicas (art. 2º), permitindo inclusive a solidariedade do grupo econômico em relação à multa (art. 4º, § 2º) e a assunção da mesma pelo sucessor em caso de concentração econômica (art. 4º, § 1º). As infrações podem ser igualmente cometidas por pessoas físicas (dirigentes ou administradores), mas nesta hipótese a punição se dá de acordo com um modelo de responsabilização subjetiva, dependente de avaliação e prova de culpabilidade individualizada.¹⁰⁷

¹⁰⁶ BRASIL, Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 31 Mai. 2017.

¹⁰⁷ MARRARA, Thiago. **Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Op. cit., p. 520.

As sanções no âmbito da Administração Pública estão subordinadas a realização prévia de um processo administrativo da entidade lesada pela prática da corrupção, ou seja, devem observar o devido processo legal e o contraditório, mas não impedem a existência de outros processos acusatórios com base na Lei de Defesa Concorrência, Lei de Improbidade e Lei de Licitações. O processo administrativo por corrupção prevê duas sanções: multa sancionatória que varia de 0,1% a 20% do faturamento, que não pode ser inferior a vantagem recebida pela infrator e que não exclui a reparação civil; e publicação da decisão condenatória nos meios de comunicação com o objetivo de promover eventuais condenações sociais. Com relação a reparações civis a lei prevê reparação de danos, perdimento de bens e valores, suspensão das atividades dissolução de pessoa jurídica, proibição de incentivos, doações e empréstimos público, dentre outras, mas todas estas medidas pressupõem a existência de um processo judicial.¹⁰⁸

O §1º do artigo 16 prevê que para a celebração do acordo é necessário o acúmulo de certos requisitos. O primeiro deles demonstra que o Brasil adotou a sistemática do “first come, first serve”, ou seja, é um “acordo de cooperação com o infrator confessor que venha a se qualificar em primeiro lugar perante o ente público competente”¹⁰⁹, apenas sendo possível a celebração por pessoas jurídicas. O segundo é que a pessoa jurídica deve cessar o envolvimento na infração. E, por fim, deve admitir sua participação no ato ilícito.

Thiago Marrara destaca certas lacunas com relação ao acordo de leniência previsto no artigo 16. Em um primeiro momento destaca que o §2º do artigo 16 ao estabelecer que a celebração do acordo isenta as pessoas jurídicas das sanções de publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória e reduz o valor da multa em até 2/3 não estabelece se a autoridade pública pode se utilizar de redução insignificante. O autor compreende que não, em razão da boa-fé processual. Outro ponto questionado pelo autor é a não previsão de isenção de multa, o que desestimula a celebração do acordo. E por fim, ainda destaca os efeitos penais e civis. Em regra, não há nenhum efeito penal, ou seja, ainda pode haver processo criminal, o que torna o

¹⁰⁸ MARRARA, Thiago. **Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Op. cit. p. 520-522.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 521.

acordo não atrativo. Na seara civil, a pretensão de reparação não é afastada, tão pouco a possibilidade de determinação judicial de extinção da pessoa jurídica ou da suspensão de suas atividades.¹¹⁰

Desta feita, percebe-se que a Lei nº 12.846/2013 sofre grandes críticas por determinados autores que não veem sua elaboração de forma satisfatória, mas por outro lado há críticos que acreditam que assim como as demais leis que buscam a diminuição da corrupção no país, a Lei Anticorrupção estimula o princípio da efetividade e reprime condutas dos agentes privados que incentivam a improbidade no setor público.

3.4.2 Leniência para infrações licitatórias

O legislador inseriu na Lei nº 12.846/2013 outra modalidade de acordo de leniência, qual seja, para infrações licitatórias, a qual está diretamente relacionada à Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações). Neste sentido prevê o artigo 17 da Lei nº 12.846/2013 que:

Art. 17. 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 88.¹¹¹

Luciano Ferraz esclarece que o acordo de leniência para infrações licitatórias é fundamental para se evitar as drásticas rescisões contratuais.

A natureza consensual desse segundo acordo de leniência e a potencialidade de colocar fim a celeumas instaladas entre Administração Pública e particulares na execução de contratos administrativos é importante instrumento a ser utilizado como mecanismo de corrigir rumos, superando as drásticas soluções rescisórias. Este acordo pode até mesmo ser provocado pelas Controladorias e pelos Tribunais de Contas como meio de determinar à Administração que proceda a correções na execução dos contratos administrativos, pela via, em mútuo consenso com o particular, substituindo a ruptura pela continuidade, a rigidez pela flexibilidade. Nesse sentido, o acordo de leniência pode ser visto como objeto ou apanágio dos Termos de Ajustamento de Gestão.¹¹²

¹¹⁰ MARRARA, Thiago. **Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Op. cit., p. 524-525.

¹¹¹ BRASIL, **Lei 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 31 Mai. 2017.

¹¹² FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

Entretanto, por outro lado o acordo previsto no artigo 17 da Lei n° 12.846/2013 sofre inúmeras críticas quanto a reais soluções para o problema de ilicitudes no âmbito das licitações. Neste sentido, elucida Thiago Marrara:

(...) a criação de uma leniência licitatória na Lei Anticorrupção (fora da própria Lei de Licitações) e com base em um dispositivo legal cuja redação se revela confusa, questionável e incompleta parece ter levado a mais problemas do que soluções. Isso a torna um instrumento de cooperação obscuro, perigoso e desinteressante. Que infrator desejará celebrar uma leniência cujo regime jurídico não tem qualquer sustentação firme na lei, cujos benefícios se mostram duvidosos e que não se estende a pessoas físicas? E mais: um acordo que não gera benefícios civis e nem vantagens em processos administrativos conduzidos com supedâneo na Lei de Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência. Muitas são as dúvidas e as indagações que precisarão ser respondidas para que o mecanismo de consensualização constante do art. 17 efetivamente saia do papel.¹¹³

3.5 A Medida Provisória n° 703/2015

A Medida Provisória n° 703 de 18 de dezembro de 2015 promoveu alterações da Lei n° 12.846/2013, tais como a possibilidade de celebração do acordo de leniência por mais de uma pessoa jurídica envolvida no ato ilícito e não apenas a primeira pessoa jurídica interessada em cooperar; possibilidade de celebração de acordo diretamente com o atual Ministério de Fiscalização e Transparência, sem a obrigação de participação do Ministério Público; a atuação do Tribunal de contas apenas em sede de controle repressivo; entre outros.¹¹⁴ Ocorre que a Medida Provisória perdeu sua eficácia por ausência de votação pelo Senado Federal no prazo constitucional para a continuação de sua tramitação.¹¹⁵

Durante o período de sua vigência a medida provisória foi contestada sob os aspectos material e formal. Na época que ainda vigorava no país, o Partido Popular

¹¹³ MARRARA, Thiago. Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Op. cit., p. 525.

¹¹⁴ BRASIL, **Medida Provisória n° 703**, de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 02 Jun. 2017.

¹¹⁵ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...)§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (BRASIL. **Constituição 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Jun. 2017).

Socialista (PPS) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5466) no Supremo Tribunal Federal para concessão de liminar que suspendesse a Medida Provisória. O Partido afirmava que era inconstitucional na seara material, uma vez que alterava matéria processual prevista pela Lei nº 12.846/2013, e na seara formal, eis que não obedecia aos critérios de relevância e urgência previstos no artigo 62 da Constituição Federal. Entendeu o PPS que a Medida Provisória colocava em risco a própria segurança jurídica.¹¹⁶

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 703 ressaltou que a Lei Anticorrupção foi um avanço legislativo na proteção da administração pública ao prever a celebração de acordo de leniência com o objetivo de garantir a colaboração das empresas nas investigações e nos processos administrativos ao identificar os demais envolvidos. Entretanto, ressaltou a existência de lacunas a serem preenchidas para se chegar a procedimentos céleres:

(...)

8. Considerando que a Proposta (PL 3636/2015) ainda depende de deliberação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, antes de ser encaminhada ao Plenário da Câmara e tendo em vista o recesso parlamentar que se aproxima, não há previsão em curto prazo de apreciação final da matéria.

9. Assim, em razão da urgência de se contar com procedimentos mais céleres para firmar acordos de leniência e salvaguardar a continuidade da atividade econômica e a preservação de empregos é que se faz necessária a edição desta Medida Provisória, de texto análogo ao já aprovado pelo Senado Federal.

10. As inovações permitem em síntese que o acordo de leniência seja celebrado com a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública, com o escopo de dar segurança jurídica às empresas celebrantes, tendo em vista os efeitos do acordo nas esferas administrativa e civil. Ou seja, o acordo de leniência celebrado com a participação de todos os atores impedirá o ajuizamento de ação por improbidade administrativa e de quaisquer outras ações cíveis contra a empresa pelo mesmo fato objeto do acordo.

11. Para a celebração do acordo de leniência impõe-se como condição a adoção ou o aperfeiçoamento de mecanismos de integridade, com o propósito de constituir estruturas e práticas internas à empresa para evitar que ela volte a incorrer nas infrações previstas na lei.

12. No tocante à reparação do dano, a Medida Provisória resguarda a competência dos Tribunais de Contas para apurar o dano ao Erário, quando entender que o valor previsto no acordo celebrado é insuficiente para a reparação integral. Caso em que será assegurado o contraditório e a ampla defesa.

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **PPS questiona MP que altera regras para acordos de leniência com empresas sob investigação.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309436>>. Acesso em: 03 de Jun. 2017.

13. Outra inovação diz respeito à possibilidade de o acordo de leniência poder ser realizado com mais de uma pessoa jurídica nos casos de conluio. Com essa previsão, o texto se alinha às normas internacionais, permitindo que apenas a primeira empresa a se manifestar pelo acordo possa obter a remissão total da multa.¹¹⁷

A Procuradoria Geral da República se manifestou no seguinte sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MEDIDAS PROVISÓRIAS. LIMITAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO MÍNIMA DE URGÊNCIA E DE CORRELAÇÃO COM SUA FINALIDADE. INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DESSA ESPÉCIE LEGISLATIVA. AMPLIAÇÃO DO MODELO DE ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI 12.846/2013).

RESTRICÇÕES AO DIREITO DE AÇÃO, AO TRÂMITE DE PROCESSOS E ESTABELECIMENTO DE CAUSAS DE SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DE PRAZO

PRESCRICIONAL. MATÉRIAS PROCESSUAIS NÃO PASSÍVEIS DE DISCIPLINA EM MEDIDA PROVISÓRIA.

1. Apontada inconstitucionalidade formal e material de ato normativo, incumbe ao autor fundamentar explicitamente a violação ao parâmetro constitucional. Deficiência de fundamentação quanto a inconstitucionalidade material não impede conhecimento de ação direta em relação a vícios formais devidamente invocados.

2. Falta de fundamentação mínima dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência revela impropriedade do(a)Presidente da República na edição de medida provisória e, por conseguinte, violação ao princípio da divisão funcional de poder.Em casos como esses, é possível controle jurisdicional dos pressupostos de medida provisória.Doutrina e precedentes.

3.Medida Provisória não é espécie normativa apta a regulamentar matéria processual e de funcionamento de tribunal de contas, consoante limitação material contida no art. 62, §1º, I, b, e no art. 73, combinado com o art. 96, II, da Constituição da República.

4. A Medida Provisória 703/2015 subverte a lógica interna dos acordos de leniência, ao permitir que qualquer interessado, a qualquer tempo, celebre o acordo, ainda que sem oferecer elementos relevantes à descoberta de ilícitos sob investigação. Permite reparação apenas parcial do dano ao patrimônio coletivo. Pulveriza a competência para celebrar tais acordos em milhares de órgãos de controle interno de todos os entes da federação, sem revisão interna, e deles alija, indevidamente, o Ministério Público. Afeta o princípio federativo e a competência dos órgãos federais, ao permitir acordos de leniência por órgãos estaduais e municipais referentes a verbas transferidas pela União.

5.A medida provisória enseja insegurança para as próprias empresas interessadas, ao criar a possibilidade de o Ministério Público buscar invalidação de acordo do qual não tenha participado. Interfere de forma ilegítima no controle externo a cargo dos tribunais de contas. Autoriza acordos sem que a pessoa jurídica interessada admita participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo. Afeta a divisão funcional do poder, ao prejudicar o exercício da jurisdição em ações já propostas por acordo administrativo do qual o Ministério Público não haja participado.

¹¹⁷ BRASIL, **Medida Provisória nº 703**. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP-703-15.pdf>. Acesso em: 02 Jun. 2017.

6.Com seu regime frouxo, ineficiente e excessivamente aberto, prejudica a prevenção e a repressão da corrupção e o cumprimento dos compromissos internacionais do Brasil, objeto das principais convenções desse campo (da ONU, da OCDE e da OEA).

7.Parecer pela concessão de medida cautelar. ¹¹⁸

Em junho de 2016, a ADI 5466 restou prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto, sendo extinta sem resolução do mérito. A Medida Provisória impugnada na ação não foi convertida em lei no prazo previsto no artigo 62, §§ 3º e 7º da Constituição Federal e teve sua vigência encerrada em 29 de maio de 2016.¹¹⁹

Com a perda da eficácia da Medida Provisória nº 703, as alterações normativas na Lei nº 12.846/2013 tiveram sua vigência encerrada. Pode-se observar que a legislação brasileira no que tange à corrupção está a evoluir, mas ainda há muito a ser feito, eis que é necessário priorizar a efetividade do Acordo de Leniência para ser uma medida real de combate à corrupção e não apenas uma previsão normativa.

¹¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **PPS questiona MP que altera regras para acordos de leniência com empresas sob investigação.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309436>>. Acesso em 03 Jun. 2017.

¹¹⁹ *Ibid.*

4. O ACORDO DE LENIÊNCIA E O GRUPO J&F

4.1 O Grupo JBS

A criação do Grupo JBS remete ao ano de 1953, quando o fundador José Batista Sobrinho (JBS) inaugurou um pequeno açougue denominado a Casa de Carnes Mineira, na cidade de Anápolis, Goiás. Em 1957, com o início da construção de Brasília José Batista viu uma grande oportunidade de crescimento e se tornou um dos grandes fornecedores de carne bovina para os trabalhadores da obra de construção da nova capital do país.¹²⁰

Após o término da construção de Brasília, JBS adquiriu seu primeiro abatedouro na cidade de Formosa, Goiás, com o objetivo de abastecer a população da capital brasileira. Em 1980 adquiriu a unidade de abatedouro de Planaltina, Distrito Federal, e expandiu assim seu negócio, o que permitiu a venda de carne bovina para as regiões sul e sudeste do país.¹²¹

Em 1985 a unidade de Planaltina foi vendida com o fim de construir um fábrica de sabão. Em 1993, com o objetivo de aumentar a capacidade produtiva, comprou a unidade de Anápolis, Goiás, o que representou o início das exportações de carne em pequena escala. Em 1996 adquiriu a Unidade de Goiânia, Goiás, o que permitiu o acesso de produtos da empresa ao Mercado Comum Europeu.¹²²

Em 2005 a empresa iniciou o processo de internacionalização ao adquirir as operações da *Swift Armour* na Argentina. Em 2007 abriu seu capital na Bolsa de Valores no Brasil e no mesmo ano adquiriu a *Swift* nos Estados Unidos e na Austrália, reunificou a marca sob uma mesma empresa e passou a operar plantas de processamento de suínos e ovinos. Ao adquirir a *Pilgrim's Pride* nos Estados Unidos, em 2009, marcou sua entrada no setor de aves e processados a base de frango. No Brasil, tornou-se empresa líder no seguimento de bovinos.¹²³

¹²⁰JBS. História. Disponível em: <<http://jbs.com.br/sobre/historia/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹²¹*Ibid.*

¹²²*Ibid.*

¹²³*Ibid.*

Hoje, o Grupo JBS é líder global no setor de alimentos, presente em mais de 20 países. O crescimento contou com o auxílio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, o qual financiou a internacionalização de grupos brasileiros, entre eles a JBS. Ademais, em 2007 o BNDES celebrou dois negócios com a JBS e em 2008 e 2009 adquiriu, por pouco mais de 1 bilhão de dólares e 2 bilhões de dólares, respectivamente, cotas do capital social da empresa¹²⁴. Em 2015, a JBS registrou receita líquida de R\$ 162,9 bilhões.¹²⁵ Entretanto, o crescimento global andou em paralelo com operações da Polícia Federal e denúncias do Ministério Público Federal.

4.2 Acordo de Leniência celebrado pelo Ministério Público Federal e o Grupo JBS

A J&F Investimentos é o maior grupo econômico privado do país, com atuação em diversos segmentos: alimentos, derivados do leite, calçados e vestuários, celulose, produtos de higiene e limpeza, serviços financeiros e energia. Criada em 1953 por José Batista Sobrinho, tem em seu portfólio grandes empresas como a JBS, Alpargatas, Vigor, Eldorado Brasil e outras.¹²⁶

Em meio ao crescimento, o Grupo foi alvo de inúmeras operações deflagradas pela Polícia Federal. E em um ano foi alvo de cinco operações deflagradas pela intuição.

Em julho de 2016 a Operação *Sépsis* investigou o pagamento de propinas para obtenção de recursos do fundo de investimento do FGTS.¹²⁷ A Operação foi uma das fases da Operação Lava Jato, a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve, de acordo com o Ministério Público Federal.¹²⁸

¹²⁴ ROSSI, Marina. Propinas como motor da gigante do setor de carnes no Governo petista. **El País**. São Paulo, 20 mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/20/politica/1495238813_990590.html>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

¹²⁵ JBS. Sobre. Disponível em: <<http://jbs.com.br/sobre/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹²⁶ J&F INVESTIMENTOS. **Quem somos**. Disponível em: <<http://jfinvest.com.br/quem-somos/apresentacao/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹²⁷ POLÍCIA FEDERAL. Imprensa. **Operação Lava Jato – Inquéritos do STF e do STJ**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/inqueritos-no-stf-e-stj>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹²⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato: Entenda o caso**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

Em setembro de 2016 a Operação *Greenfield* investigou o recebimento irregular de fundos de pensão pela Eldorado Celulose, uma das empresas controladas pela J&F Investimentos.¹²⁹

Em janeiro de 2017 a Operação *Cui Bono* investigou a J&F por suposto envolvimento com o esquema de fraude na liberação de créditos junto à Caixa Econômica Federal.¹³⁰

Em março de 2017 a Operação Carne Fraca apontou a existência de corrupção entre frigoríficos e fiscais agropecuários do Ministério da Agricultura e colocou em dúvida a qualidade dos produtos oferecidos pela Grupo JBS, o que resultou na queda das ações da JBS em mais de 8% na Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa).¹³¹

Em maio de 2017 a Operação *Bullish* investigou fraudes e irregularidades no repasse de 8,1 bilhões de reais concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento à JBS.¹³²

Após as inúmeras operações envolvendo a J&F iniciou-se, ao final de fevereiro de 2017, negociações acerca da celebração de um acordo de leniência. Entretanto, surgiu um impasse com relação ao valor da multa a ser paga pela empresa. Em um primeiro momento, os Procuradores, representantes do Ministério Público Federal, defendiam o pagamento de R\$ 11.169 bilhões de reais, a serem pagos em 10 anos. O valor seria equivalente a 5,8% do faturamento da empresa em 2016.¹³³

¹²⁹ ALESSI, Gil. JBS, a “campeã nacional” alvo de investigações no centro do terremoto político. **Jornal El País**, São Paulo, 18 mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/17/politica/1495036072_391260.html>. Acesso em: 20 Mai. 2017.

¹³⁰ POLÍCIA FEDERAL. Imprensa. **Operação Cui Bono investiga esquema de corrupção na Caixa Econômica Federal**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/01/operacao-cui-bono-investiga-esquema-de-corrupcao-na-caixa-economica-federal>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹³¹ NOVAES, Marina. JBS e BRF, de “campeões nacionais” a suspeitas de vender carne vencida. **Jornal El País**, São Paulo, 17 mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/17/politica/1489763244_536570.html>. Acesso em 07 jun. 2017.

¹³² POLÍCIA FEDERAL. Notícias: **Operação Bullish investiga fraudes em empréstimos no BNDES**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/05/operacao-bullish-investiga-fraudes-em-emprestimos-no-bndes>>. Acesso em: 07 jun. de 2017.

¹³³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Notícias. **Nota de esclarecimento: acordo de leniência J&F e MPF**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/nota-de-esclarecimento-acordo-de-leniencia-j-f-e-mpf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

O artigo 6º, I da Lei nº 12.846 de 2013 prevê a aplicação de sanção de multa às pessoas consideradas responsáveis por atos lesivos, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, e ainda a pena de publicação extraordinária, *in verbis*:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

- I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e
- II - publicação extraordinária da decisão condenatória.¹³⁴

As penas previstas no artigo 6º podem ser aplicadas isoladamente ou em conjunto pela Administração Pública ou pela Controladoria Geral da União.¹³⁵ Além dessas é possível a aplicação de outras sanções pelo Poder Judiciário, conforme estabelece o artigo 19 da Lei nº 12.846 de 2013:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

- I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

- I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou
- II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou

¹³⁴ BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹³⁵ FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção**. Op. cit., p. 41.

da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.¹³⁶

Para Luciano Ferraz as penalidades previstas na Lei nº 12.846/2013 só podem ser aplicadas dependendo da presença do elemento subjetivo dos agentes empresariais, ou seja, dependem da vontade da pessoa física que representa a empresa. Neste sentido, não há previsão de imputação de sanções a condutas culposas. O artigo 5º do diploma legal estabelece, de forma taxativa, quais são as condutas lesivas à Administração Pública.¹³⁷

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.¹³⁸

¹³⁶ BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹³⁷ FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção**. Op. cit., p. 38-39.

¹³⁸ BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 07 jun. 2017.

A natureza consensual do acordo de leniência possibilitou a ocorrência de negociações entre o Ministério Público Federal e a J&F. Após intensas negociações para fixação do valor da multa, em 30 de maio de 2017, o Ministério Público Federal e o grupo J&F chegaram a um consenso, o qual prevê o pagamento de R\$ 10,3 bilhões de reais a título de multa por atos lesivos praticados pelo grupo.¹³⁹

A multa fixada foi a maior já estabelecida para esse tipo de acordo no país e no mundo. É superior soma dos acordos celebrados pelos grupos Odebrecht (3,28 bilhões de reais); Braskem (3,1 bilhões de reais); Andrade Gutierrez (1 bilhão de reais) e Camargo Corrêa (700 milhões de reais). Cabe ressaltar uma importante diferença entre o acordo de leniência celebrado entre a J&F e as empresas que celebraram o acordo na Operação Lava Jato, que é justamente o fato de que no caso da J&F todo o dinheiro ficará no Brasil.¹⁴⁰

Em 05 de junho de 2017 foi assinado o Acordo de Leniência entre o Ministério Público Federal, por meio dos Procuradores da República Alexandre Melz Nardesa, Andrey Borges de Mendonça, Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, Paulo Gomes Ferreira Filho, Sara Moreira de Souza Leite e o procurador regional da república Márcio Barra Lima, e o Grupo J&F, através dos representantes Francisco de Assis e Silva e Igor Sant'Anna Tamasauskas.¹⁴¹

O acordo celebrado inclui investigações em 5 Operações deflagradas pela Polícia Federal: *Greenfield*, *Sepsis*, *Cui Bono*, *Bullish* e *Carne Fraca*. Com a negociação a empresa pagará R\$ 10,3 bilhões de reais a título de multa e ressarcimento mínimo. Destes 8 bilhões serão destinados a Funcef (25%), Petros (25%), BNDES (25%), União (12,5%), FGTS (6,25) e Caixa Econômica Federal (6,25%). Ao passo que 2,3 bilhões

¹³⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Notícia. **Acordo de Leniência: força tarefa Greenfield e procuradores do MPF fecham acordo com J&F**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/acordo-de-leniencia-forca-tarefa-greenfield-e-procuradores-do-mpf-fecham-acordo-com-j-f>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹⁴⁰ BRITO, Ricardo. J&F fecha acordo de leniência com MPF e pagará multa recorde de R\$10,3 bi. **Reuters Brasil**, Brasília, 31 mai. 2017. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN18R2S6-OBRTTP?sp=true>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Notícia. **Acordo de Leniência: força tarefa Greenfield e procuradores do MPF fecham acordo com J&F**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/acordo-de-leniencia-forca-tarefa-greenfield-e-procuradores-do-mpf-fecham-acordo-com-j-f>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

serão destinados a projetos sociais voltados, em especial, a educação, saúde e prevenção de corrupção.

O acordo ainda estabelece que todos os pagamentos serão feitos exclusivamente pela *holding* J&F, os quais deverão ter início em dezembro de 2017. O prazo para o pagamento da multa fixada no patamar de R\$ 10,3 bilhões é de até 25 anos, período em que cada parcela será corrigida pelo Índice de Preço do Consumidor Amplo (IPCA). Tem-se como previsão, que ao final dos 25 anos, o Grupo J&F terá pagado mais de R\$ 20 bilhões de reais.¹⁴²

4.3 Consequências da celebração do Acordo de Leniência

Além do aspecto financeiro o acordo estabelece 37 cláusulas a serem cumpridas pela *holding* J&F e pelas empresas controladas e seus dirigentes, entre essas podemos destacar a que prevê a entrega de lista nominal de todos os beneficiários de pagamentos indevidos realizados pelo Grupo e que tenham, atualmente foro privilegiado, no prazo de até 90 dias após a homologação do acordo pela 10ª Vara Federal de Brasília e pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF; entrega de lista com valores de doações eleitorais realizadas nos últimos 16 anos; regular pagamento de dívidas e obrigações junto a entes federativos; aprimoramento de programas internos com finalidade de cessar a prática de crimes e infrações; o fornecimento de informações, documentos, relatórios periódicos e a prestação de depoimentos complementares ao MPF; a saída de Joesley Batista de todos os cargos de direção e de conselho da empresa e não recondução, por no mínimo 5 anos.¹⁴³

Por outro lado, o acordo prevê que no caso de cumprimento integral das cláusulas contratuais as empresas do grupo, seus prepostos, empregados e dirigentes aderentes ao acordo, ficam isentos de condenação judicial que importe punições de atos que caracterizem improbidade administrativa, definidos da Lei nº 84.29 de 1992 ou ilícitos previstos na Lei nº 12.846 de 2013, desde tais fatos tenham sido esclarecidos pela

¹⁴² BRITO, Ricardo. J&F fecha acordo de leniência com MPF e pagará multa recorde de R\$10,3 bi. **Reuters Brasil**, Brasília, 31 mai. 2017. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN18R2S6-OBRTTP?sp=true>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

¹⁴³ *Idem*. Acordo de leniência obriga J&F a entregar lista de detentores de foro que receberam propina. **Reuters Brasil**, Brasília, 05 Jun. 2017. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN18W2VI-OBRTTP>>. Acesso em: 08 Jun. 2017.

empresa nos anexos do acordo. Apesar da celebração do acordo, este não retira dos órgãos públicos e instituições lesadas o direito de exigir o pagamento de multas ou ressarcimento de prejuízos, sendo que caso ocorram pagamentos dessa natureza, em favor do BNDES, União, Funcef, Petros, CEF e FGTS, o Grupo J&F poderá pedir o abatimento até o limite de 80% do total devido. Cabendo aos garantidores o cumprimento integral do acordo, eis que em caso de não cumprimento serão responsáveis solidariamente as entidades controladas.¹⁴⁴

Da multa de R\$ 10,3 bilhões de reais, R\$ 2,3 bilhões serão destinados ao financiamento e execução de projetos sociais, dentre os quais, formação de empreendedores em comunidades carentes; bolsa de estudo e pesquisa para alunos pobres de alto desempenho; apoio à produção cultural e artística de comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais; reforma e ampliação de escolas públicas; construção e manutenção de bibliotecas públicas em áreas carentes; recuperação de rios e nascentes; pesquisa para a cura do câncer; apoio à inserção ou reinserção de presos e ex-presos no mercado laboral; captação de energia solar para o provimento de energia elétrica em comunidades isoladas; construção de abrigos e e formação de rede de apoio para moradores de rua e pessoas sem teto; entre outros temas autorizados pelo Ministério Público Federal.¹⁴⁵

O envolvimento da empresa com Operações Policiais resultou na perda de valor das ações da JBS e até a queda do consumo dos produtos das empresas controladas pela J&F Investimentos. A população brasileira ao observar os inúmeros casos nos quais a empresa estava envolvida, que ganharam rapidamente atenção midiática, reduziu o consumo de produtos de empresas controladas pelo Grupo J&F. A maior empresa do grupo afetada foi a JBS, maior fornecedora de carnes do país.¹⁴⁶

¹⁴⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Notícia. **MPF e Grupo J&F assinam acordo de leniência e holding terá de pagar R\$ 10,3 bilhões**. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-e-grupo-j-f-assinam-acordo-de-leniencia-holding-tera-de-pagar-r-10-3-bilhoes> >. Acesso em 08 Jun. 2017.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ MENDONÇA, Heloísa. JBS vive inferno pós delação com perda de valor, boicote e novas investigações. Jornal: **El País**, 29 Mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/27/economia/1495837922_279258.html >. Acesso em: 08 Jun. 2017.

Apesar das restrições, dos financiamentos e execução de projetos sociais, as ações da JBS na BOVESPA voltaram a crescer. O diretor de relações com investidores, Jeremiah O'Callaghan, comunicou aos seus acionistas e ao mercado em geral a celebração do acordo de leniência entre o Grupo JBS e o Ministério Público Federal.¹⁴⁷ O que resultou na volta ao consumo de produtos controlados pela J&F Investimentos.

Ainda não é possível uma visão prospectiva acerca dos reais benefícios do acordo, uma vez que a empresa precisa necessariamente cumpri-lo, entretanto, em um primeiro momento, pode-se observar benefícios à empresa e à sociedade.

¹⁴⁷ O'Callaghan. Jeremiah. **Nota de esclarecimento.** Disponível em: <<http://siteempresas.bovespa.com.br/DWL/FormDetalheDownload.asp?site=C&prot=566816>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

CONCLUSÃO

A presente monografia discorreu acerca da consensualidade no âmbito da Administração Pública e utilizou o acordo de leniência, previsto na Lei nº 12.846/2013, como expressão deste consenso.

A doutrina sobre o assunto ainda é de certa maneira escassa, razão pela qual o estudo contínuo deste tema ainda será necessário para a evolução do direito administrativo e da sociedade.

Objetivou-se expor o crescimento da consensualidade na esfera administrativa e sua relação direta com o neoconstitucionalismo, uma vez que as constituições contemporâneas privilegiam a participação, o diálogo e também os valores e a dignidade da pessoa humana.

Na medida em que a ordem jurídica passou a ter fundamentação na Constituição, precisou o direito administrativo desvincular-se de sua gênese autoritária e acompanhar a evolução dos direitos fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988.

Desta feita, buscou-se observar que a evolução do direito administrativo, no que tange à consensualidade, ocorreu à medida que a sociedade evoluiu e passou a privilegiar a solução de conflitos por meios consensuais. Apesar de a atuação administrativa ser pautada na unilateralidade e na imperatividade, o instituto da consensualidade não é recente, entretanto ganhou maior visibilidade a partir do ano de 1990 e início do ano 2000.

Princípios constitucionais foram instituídos com o objetivo de valorizar a participação do cidadão na atuação administrativa, reduzindo assim, a verticalidade existente entre Estado e administrados. No presente trabalho foram expostos os principais princípios que fundamentam o incremento da consensualização.

Ademais, demonstrou-se que o ordenamento jurídico caminha para a resolução consensual dos conflitos, o que foi reforçado com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

A sociedade brasileira evoluiu no que tange ao ordenamento jurídico, a valoração da dignidade da pessoa humana, mas infelizmente declinou no aspecto ético. O grande crescimento da corrupção levou o país a um estágio econômico e político degradante e resultou na diminuição drástica da confiança dos administrados no Estado.

Foi preciso uma reação estatal acerca dos inúmeros casos de corrupção. Buscou-se demonstrar que o Brasil tem adotado mecanismos de prevenção à corrupção e redução da impunidade dos agentes envolvidos.

Era frequente a instauração de processos investigatórios com o objetivo de punir os agentes envolvidos, mas não era comum comprovar os envolvimentos. Assim, observou-se maior vantagem em se ter um processo administrativo com provas sólidas e capazes de punir os verdadeiros infratores do que apenas constatar e ficar inerte ao crescimento da impunidade. Constatou-se, que o Brasil optou por adotar o sistema utilitarista, ou seja, negociar com os infratores para se ter uma execução completa e tentar resolver os casos de falta de punição e conceder uma resposta à sociedade.

Nesta seara, ocorreu o crescimento normativo do acordo de leniência. O presente trabalho discorre acerca das modalidades previstas na Lei nº 12.846/2013, suas características e pontos fundamentais, sem o intuito de esgotar o instituto.

Por fim, o presente trabalho expôs a análise do acordo de leniência firmado entre o Ministério Público e a J&F Investimentos, com o objetivo de expor os pontos principais do acordo, as críticas e consequências.

Apesar de haver grandes obstáculos a serem vencidos, o instituto da consensualidade apresenta-se como um novo caminho a ser trilhado pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja pela valorização dos direitos fundamentais e pela redução da verticalização entre o Estado e administrados, seja por ser diretriz que apresenta maiores resultados positivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Gil. JBS, a “campeã nacional” alvo de investigações no centro do terremoto político. **Jornal El País**, São Paulo, 18 Mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/17/politica/1495036072_391260.html>. Acesso em: 20 Mai. 2017.

ANDRADE, Jackeline Pávoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e da celeridade do processo de responsabilização através do acordo de leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo** (RDDA, v. 4, n. 1, p. 170-203, 2017). Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. “A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”, in **Revista de Informação Legislativa**, vol. 42, n. 167, jul/set 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013

ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o "princípio da supremacia do interesse. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado** (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro/2007, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 12 Mai. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, p. 1-31. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20160225212830_59.pdf> Acesso em: 30 Mai. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> . Acesso em: 30 Mai. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 25 Mai. 2017.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.

BRASIL, **Decreto Lei 3.365**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 27 Mai. 2017.

BRASIL, **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 06 Jun. 2017.

BRASIL, **Medida Provisória nº 703**. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP-703-15.pdf>. Acesso em: 02 Jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 13**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Jun. 2017

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 Mai. 2017.

BRITO, Ricardo. J&F fecha acordo de leniência com MPF e pagará multa recorde de R\$10,3 bi. **Reuters Brasil**, Brasília, 31 mai. 2017. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN18R2S6-OBRTTP?sp=true>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários a Lei 12.846/2013 – Lei anticorrupção. . **Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)**, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015).

Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/120090>>. Acesso em: 30 Mai. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 04 Jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM-CONIMA. **Conciliação e mediação no Novo CPC** Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 22 Mai. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280>>. Acesso em: 22 Mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v103.1971.35280>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 26-39, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45639>>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FRANCA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165/177, Abr./Jun. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532>>. Acesso em: 16 Jun. 2017

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 45-66, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44043>>. Acesso em: 25 Mai. 2017..

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 213-239, mai. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8592>>. Acesso em: 15 Mai. 2017.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal**. 13.02.2009. 409f. Tese – Doutorado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009

GONÇALVES, Claudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 105-114, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45687>>. Acesso em: 16 Mai. 2017.

JBS. História. Disponível em: <<http://jbs.com.br/sobre/historia/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

LIMA, M. S. DE. **Fundamentos para uma administração pública dialógica**. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf>. Acesso em: 22 Mai. 2017.

MARRARA, Thiago. Acordo de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>> Acesso em: 30 de maio de 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 93

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38-39.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Acordo de Leniência**. Disponível em: <

<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordo-de-leniencia>> . Acesso em: 02 Jun. 2017

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Notícias. **Nota de esclarecimento: acordo de leniência J&F e MPF**. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/nota-de-esclarecimento-acordo-de-leniencia-j-f-e-mpf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Notícias: **Acordo de leniência: força-tarefa Greenfield e procuradores do MPF fecham acordo com J&F**. Disponível em:< <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/acordo-de-leniencia-forca-tarefa-greenfield-e-procuradores-do-mpf-fecham-acordo-com-j-f>> . Acesso em: 07 Jun. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140211-10.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Corrupção, democracia e aparelhamento partidário do estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 485-490, mar. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66754>>. Acesso em: 04 Jun. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66754>.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

_____. Democracia e contrapoderes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 47-80, mai. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8609>>. Acesso em: 04 Jun. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v258.2011.8609>.

_____. Mutações do Direito Administrativo – novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 2, junho/julho/agosto/2005, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>> Acesso em: 20 Mai. 2017.

_____. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio/2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>> Acesso em: 20 Mai. 2017.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>>. Acesso em: 15 Mai. 2017.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p. 108-109.

NOVAES, Marina. JBS e BRF, de “campeões nacionais” a suspeitas de vender carne vencida. **Jornal El país**, São Paulo, 17 mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/17/politica/1489763244_536570.html>. Acesso em 07 jun. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova face da Administração Pública no séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>>. Acesso em: 20 Mai. 2017..

OSÓRIO, Fabio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527>>. Acesso em: 22 Mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527>.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 26.02.2010. 332f. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010.

PANTONI, Roberta Alessandra. **Consensualidade como instrumento de legitimidade no processo antitruste sancionador brasileiro**: considerações sobre o Acordo de Leniência . 2012. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13200>

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. Os primeiros passos da reforma gerencial do estado de 1995. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez./2008-fev./2009, p. 02-03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-LUIZ%20CARLOS%20BRESSER.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

POLÍCIA FEDERAL. Imprensa. **Operação Cui Bono investiga esquema de corrupção na Caixa Econômica Federal**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/01/operacao-cui-bono-investiga-esquema-de-corrupcao-na-caixa-economica-federal>>. Acesso em: 07 Jun. 2017.

POLÍCIA FEDERAL. Notícias: **Operação Bullish investiga fraudes em empréstimos no BNDES**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/05/operacao-bullish-investiga-fraudes-em-emprestimos-no-bndes>>. Acesso em: 07 jun. de 2017.

RECH FILHO, Arby Ilgo, **Acordo de Leniência no âmbito da Lei Anticorrupção. Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Gecen, 2017. p.30-47. Disponível em:<<http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf#page=36>>. Acesso em: 03 Jun. 2017.

SPECK, Bruno Wilhelm. Corrupção, prevenção e controle. **Correio Braziliense**, 30 de março de 2014. Disponível

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **PPS questiona MP que altera regras para acordos de leniência com empresas sob investigação**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309436>>. Acesso em 03 Jun. 2017.

TACITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 53-58, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45684>>. Acesso em: 16 Mai. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 15 Mai. 2017.

VIEIRA, Judivan Juvenal. Affectus e effectus na justiça administrativa brasileira e italiana: um estudo comparado. **Publicações da Escola da AGU, 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione Del Diritto nelle Corti Europee, Volume2**, p. 7, 2013.