

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEI ANTICORRUPÇÃO

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

RODRIGO JANNOT

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEI ANTICORRUPÇÃO

Coordenação

Lilian Rose Lemos Rocha
Rodrigo Jannot
Gabriel R. Rozendo Pinto
Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília
2019

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : lei anticorrupção / coordenadores,
Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

221 p.

ISBN 978-85-7267-001-2

1. Legislação anticorrupção. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 343.35

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

O ESTUDO E ANÁLISE DA NOVA LEI ANTICORRUÇÃO	04
<i>DAYANA CARLOS DE ALMEIDA LOPES</i>	
A CORRUPÇÃO E O PROCESSO ELEITORAL: “O CAIXA DOIS”	15
<i>LUCAS MAGALHÃES DE SOUZA CAMINHA</i>	
ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	23
<i>FABIANO ALCÂNTARA PARENTE FARIAS</i>	
A INFLUÊNCIA DA CORRUPÇÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA	36
<i>ISABELLA PEREIRA DE SOUZA</i>	
BREVE ANÁLISE SOBRE A CORRUPÇÃO	54
<i>JOÃO BOSCO EVANGELISTA NETO</i>	
A CORRUPÇÃO ELEITORAL E O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS E A COMPRA DE VOTOS	66
<i>JOÃO FELIPE DE OLIVEIRA BRITO BLOM</i>	
FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS E A CORRUPÇÃO 78	
<i>THAINÁ DE LIMA</i>	
ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT – FCPA E A LEI nº12.846/2013	96
<i>JÚNIA MARISE LANA MARTINELLI</i>	
EFICIÊNCIA NORMATIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI ANTICORRUÇÃO	110
<i>ERIC DE SOUZA SANTOS MARQUES</i>	
O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUÇÃO	144
<i>FERNANDA ALVES GOMES GUERRA</i>	

**A AMPLITUDE DA APLICABILIDADE DAS SANÇÕES DE SUSPENSÃO,
INIDONEIDADE E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 156**

FILIPE BORGES MARRA

**CORRUPÇÃO: UM PROBLEMA DE DECISÃO ORGANIZACIONAL,
PAPEL DO ESTADO OU RESULTADO DA AÇÃO HUMANA 173**

GISELE MOTA RAMOS

**ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA
CELEBRAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA 191**

ALANA LAÍS DA N. B. OLIVEIRA

O ESTUDO E ANÁLISE DA NOVA LEI ANTICORRUÇÃO

THE STUDY AND ANALYSIS OF THE NEW ANTI-CORRUPTION LAW

Dayana Carlos de Almeida Lopes

RESUMO

O objetivo deste artigo é traçar, de forma simples e detalhada, a Lei 12.846 / 2013, avaliando-a a partir de outras perspectivas do Direito Administrativo. Inicialmente, serão estudados os sujeitos, os atos puníveis e as penalidades e, ao final, será estudada a modalidade de responsabilização adotada pela lei.

Palavras chaves: Lei Anticorrupção; Direito Administrativo Sancionador; Lei nº 12.846/2013; Responsabilidade Objetiva.

ABSTRACT

The purpose of this article is to perform a detailed analysis of the structure of Law 12.846 / 2013, comparing it with other rules that compose the Administrative Sanction Law. Initially, the model of accountability adopted by the Law will be studied, then the subjects, the punishable acts and the sanctions envisaged.

1 SUJEITOS DA LEI 12.846/2013

O diploma normativo só poderá ser aplicado a pessoas jurídicas podendo abranger para toda e qualquer pessoa jurídica, sendo elas personificadas ou não.

A responsabilização de acordo a Lei nº 12.846/2013 no seu artigo 1º, parágrafo único, são destinados as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de

entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

2 ATOS PUNÍVEIS

A Lei nº 12.846/2013 tem como objetivo eliminar a corrupção ou atos que tentem prejudicar a Administração Pública, para beneficiar seus integrantes/sócios ou favorecer terceiros. Nesse sentido, no caput do artigo 5º fala sobre atos passíveis de punição, que são divididos em três: i) atos que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; ii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública e iii) atos que atentam contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O mencionado artigo tem por objetivo trazer os preceitos gerais da Lei, bem com especificar as condutas plausíveis de punições, satisfazendo, assim, um dos postulados do Direito Administrativo Sancionador: a tipicidade.¹

Ademais, o diploma normativo busca punir não só os atos de corrupção propriamente ditos (prometer, oferecer ou dar vantagem indevida), mas também todos os atos que de certa forma violam regras e princípios da Administração Pública, ainda que não haja pagamento propriamente dito a funcionários públicos. Também vale acrescentar que muitas das condutas previstas na Lei Anticorrupção já estão especificadas em outras legislações, como nas leis 8.666/1993 e 8.429/1992, entretanto, como já dito anteriormente, o seu âmbito de aplicação e o seu objetivo são distintos, na medida em que se busca punir as pessoas jurídicas e não as pessoas naturais.²

O artigo 5º da Lei 12.846/2013 tipifica a corrupção ativa, como: “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”.

¹ PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.889

² Isso não quer dizer que não haja conflitos entre elas, entretanto, nesses casos, deverá o aplicador do direito, sempre que possível, compatibilizá-las.

Em seguida, o inciso II do mesmo artigo fala sobre o financiamento e atos lesivos a Administração Pública, como sendo aquele que: “comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos”.

No inciso III, encontraremos uma lista de condutas que visam se utilizar de “laranjas” para prática de atos lesivos, assim previstos: “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”.

No inciso IV traz situações que infrinjam normas relacionadas a licitações e contratos, sendo condutas que demandam a comprovação subjetiva do agente privado de violar o princípio da competitividade das licitações.

Por fim, no inciso V mostra as condutas que atrapalham a investigação ou fiscalização da Administração Pública, sendo assim previsto: “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”. Dessa maneira teremos uma previsão se coaduna com o programa de *compliance*.

Diante do exposto, verificada qualquer das condutas tipificadas no artigo 5º, terão de ser aplicadas as sanções previstas na Lei Anticorrupção, mesmo que ocorrido em território nacional ou no exterior.

3 SANÇÕES E INSTRUMENTOS DE RESPONSABILIZAÇÃO

A Lei nº 12.846/2013 em se tratando do âmbito administrativo termos sanções elencadas no artigo 6º, agora quanto a esfera judicial as punições estarão elencadas no artigo 19.

Cabe inclusive salientar que grande parte das sanções elencadas não são novidade ao nosso sistema jurídico, podemos por exemplo encontrar na Lei de Licitações e Contratos (8.666/1993), na Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992), na Lei do CADE (12.529/2011), entre outras, as mesma sanções.

Entretanto o que diferencia umas das outras serão o procedimento e os tipos de partes passíveis de serem punidas, mas não o seu conteúdo em si. Contudo, mesmo que o conteúdo seja o mesmo, isso não irá impedir que sejam aplicadas conjuntamente. Insta mencionar que, as empresas além de serem punidas na esfera administrativa poderão ser responsabilizadas na esfera judicial.

Assim, se uma determinada pessoa jurídica praticar algum dos atos lesivos previstos na Lei 12.846/2013, o ente deverá instaurar um procedimento administrativo (PAR) para apurar o fato e ajuizar uma ação contra a pessoa jurídica infratora.

Assim, teremos junto a Lei Anticorrupção penas que poderão ser aplicadas ao processo administrativo previstas no artigo 6º, que poderão ser aplicadas cumulativamente, bem como singularmente. São elas: (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, ou quando não for possível sua estimação, será de R\$ 6.000,00 (seis mil) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões), jamais podendo ser inferior a vantagem auferida; (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória, que será nas formas de extrato de sentença e deverá ser publicado em meio de comunicação de grande circulação, além de ser afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade e publicada também em seu sítio eletrônico.

A respeito da multa civil prevista no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa é prevista para diferentes instâncias (uma é multa administrativa e a outra é multa civil), a base de cálculo também é distinta. Além disso, de o legislador ter previsto que a pena de multa só será aplicada em consideração ao faturamento da empresa e não a natureza do ato em si, trazendo um desestímulo ao cometimento do ato ilícito.

Ainda em relação à multa, o legislador trouxe em seu no artigo 7º alguns parâmetro que poderão orientar a autoridade administrativa na fixação do seu valor.

Vale esclarecer também que no âmbito Federal no Decreto nº 8420/2015 nos artigos 17 a 23, termos critérios para a para fixação da multa, dando um maior detalhamento dos parâmetros que serão adotados pela autoridade administrativa.

Ao final do processo administrativo (PAR), a autoridade da pessoa jurídica lesada ou do órgão competente deverá fixar as sanções administrativas e, em seguida, deverá se dar conhecimento ao Ministério Público para que apure eventuais delitos.

Ainda, na Lei nº 12.846/2013 veremos a possibilidade de haver a desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo para que sejam aplicadas as sanções aos administradores e sócios- administradores. Isso ocorrerá sempre que “utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial”, conforme consta no artigo 14 da Lei.

Por outro lado, na responsabilização judicial, o procedimento adotado será o mesmo utilizado no rito da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Apesar da omissão legal, Rafael Oliveira acrescenta que a legitimidade deve ser reconhecida também às entidades da Administração Indireta, tendo em vista a sua autonomia administrativa e o objetivo do legislador em proteger a Administração Pública, sem distinção.³

Verificaremos também sanções judiciais previstas no artigo 19 da Lei nº 12.846/2013: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtido 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)

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa. 2 ed. São Paulo: Método, 2014. Página 246.

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.

Deve-se ressaltar que a dissolução da pessoa jurídica deve ser uma medida excepcional, ocorrendo somente quando restar comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A Lei também traz, como efeito secundário da condenação, a reparação integral do dano causado. Essa reparação, conforme consta no artigo 37, §5º, da Constituição Federal, é imprescritível, podendo ser demandada a qualquer tempo pelo Poder Público.

Entretanto, conforme acrescenta *Ronaldo Pinheiro de Queiroz*, a pessoa jurídica pode ser condenada em diversas esferas a ressarcir o dano (CP, art.91; CPP, arts. 63,387,IV; Lei 8.429/92, artigos 12, I, II e III; Lei nº 8.443/92, art.19), mas o pagamento da quantia certa, na expressão monetária que alcance a reparação integral, somente ocorrerá uma vez, não podendo o Estado se valer de excesso de execução para viabilizar um enriquecimento sem causa.⁴

Outro ponto importante trazido pela Lei é a possibilidade de o Ministério Público, ao constatar que o ente público está sendo omissivo e que não instaurou o processo para a responsabilização administrativa da pessoa jurídica, requerer a aplicação não apenas das sanções previstas no art. 19, mas também das punições administrativas elencadas no art. 6º.

Por fim, a novel legislação cria, no âmbito do Poder Executivo federal, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei nº

⁴ SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.329

12.846/2013. Também serão incluídas no CNEP as informações acerca de acordos de leniência celebrados (e seu eventual descumprimento), exceto se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

Depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

4 RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS

O artigo 2º da Lei nº 12.846/2013 estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção causados à Administração Pública, nesses termos:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Por opção legislativa expressa, uma vez constatado o dano contra Administração Pública nacional ou estrangeira, haverá a responsabilização da pessoa jurídica com a simples prática da conduta lesiva, sendo desnecessário analisar o seu elemento subjetivo. Ou seja, basta que seja comprovado o ato de corrupção e o nexo de causalidade entre ele e conduta de qualquer representante das pessoas jurídicas envolvidas.

Não se trata de inovação no ordenamento jurídico, na medida em que a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas já tem sido adotada, como, por exemplo, no âmbito da legislação ambiental (art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981⁵

⁵ Art. 14. [...] §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

c/c art. 3º da Lei nº 9.605/1998⁶) e nos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil⁷.

Ademais, o fato de ser responsabilidade objetiva não significa dizer que será responsabilidade pelo risco integral. Pelo contrário, se a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção fizer prova de que não houve violação à ordem jurídica, ou de que tal evento não decorreu da conduta de seus representantes, rompendo o nexo de causalidade, não há que falar na aplicação das sanções previstas na Lei. Ou seja, não se adotou a responsabilidade objetiva pelo risco integral na Lei nº 12.846/2013.

Nesse sentido, devemos ter cuidado com a leitura da parte final do artigo 2º da Lei que traz como requisito para a incidência da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, que os atos de corrupção sejam praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

O artigo é confuso e sua interpretação literal poderia gerar um resultado indesejado, isso porque o único critério que é utilizado para a punição da pessoa jurídica é se ela possuía interesse ou auferiu benefício, ainda que não exclusivo, como consequência do ato de corrupção.

Nota-se que a redação sequer exige que o ato tenha sido praticado por representante legal, empregado, procurador, ou qualquer pessoa representante da pessoa jurídica, ou que a entidade tenha algum envolvimento ou participação no ato de corrupção. Basta, na literal dicção da lei, que o ato lhe seja benéfico, assumindo assim uma responsabilidade objetiva amplíssima. Cria-se, assim, a possibilidade de situações em que ente beneficiado por ato de corrupto (não exclusivamente), possa ser punido por ato de terceiro totalmente estranho às suas atividades, sem que tenha qualquer participação no ato

⁶ Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativas, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

⁷ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...] Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

irregular, e mais ainda, devendo fazer prova de fato negativo de seu envolvimento⁸.

Como podemos perceber, não é a interpretação pura e literal que devemos fazer do referido artigo. Realizando uma análise sistemática da legislação e buscando a própria ratio legis, verifica-se que o ato corrupto deve ter sido praticado por agente que de alguma forma representava o interesse da empresa envolvida na prática corrupta⁹.

Após os esclarecimentos acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas, insta acrescentar que a responsabilidade da pessoa física pelos atos de corrupção será subjetiva, conforme consta no artigo 3º, §3º, da Lei nº 12.846/2013. Assim, os dirigentes ou administradores das pessoas jurídicas só serão responsabilizados pelos atos de corrupção se for comprovado que agiram com dolo ou culpa. Ademais, de acordo com o §1º do art. 3º da Lei nº 12.846/2013, a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais.

Outro ponto interessante da responsabilização trazida pela Lei nº 12.846/2013, e que não pode deixar de ser mencionado, é a escolha que o legislador fez pelo Direito Administrativo Sancionador, ao invés do Direito Penal.¹⁰

A opção pelo Direito Administrativo Sancionador se deu, em grande parte, no intuito de fugir da discussão acerca da aplicação do Direito Penal às pessoas jurídicas ¹¹. Em verdade a escolha por uma ou por outra tem se

⁸ FILHO, André Pimente. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg. 78

⁹ Vale dizer que não é necessário a demonstração de nenhum vínculo formal entre o agente e a pessoa jurídica, sendo suficiente a demonstração de um vínculo real.

¹⁰ Entende-se por Direito Administrativo Sancionador o ramo do Direito Público que, por meio de sanções administrativas, exerce o *ius puniendi* estatal.

¹¹ Muitos juristas entendem (entre eles Pierangelli, Zafaroni, René Ariel Dotti, Luiz Regis Prado, Alberto Silva Franco, Fernando da Costa Tourinho Filho, Roberto Delmanto, LFG, entre outros) baseados na Teoria da Ficção Jurídica de Savigny, que não seria possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por serem desprovidas de consciência, vontade e finalidade (*societas delinquere non potest*). Meio Ambiente. Lei 9.605, 12.02.1998. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). Legislação Criminal Especial. São Paulo: RT, 2009, p. 691.

¹² PRADO, Franciso de Octavio Almeida. Improbidade Administrativa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

demonstrado uma discricionariedade do legislador que, para proteger o mesmo bem jurídico, dispõe de diferentes técnicas. Nesse sentido, também entende Francisco de Octavio Almeida Prado:

Apesar de existir certa autonomia dogmática entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, por se tratarem de ramos distintos e por possuírem estruturas diferentes, os valores jurídicos protegidos muitas vezes são os mesmos. A constante discriminação de condutas delituosas e suas transformações em ilícitos administrativos tem demonstrado a inexistência de diferenças ontológicas entre sanções administrativas e penais.¹²

Não devemos nos esquecer de que, por beber da mesma fonte que o Direito Penal, alguns dos benefícios conquistados no âmbito penal devem ser garantidos ao sujeito passivo do direito administrativo sancionador. Tais restrições são importantes, pois o exercício do poder punitivo acaba de alguma forma restringindo direitos fundamentais dos indivíduos, como a liberdade e a propriedade. Assim, deve-se garantir na aplicação das sanções administrativas sancionatórias, a exigência de que a pena imposta pelo Estado tenha fundamento em lei formal; que a pena imposta seja proporcional à gravidade do fato; o respeito ao contraditório e à ampla defesa; a observância do devido processo legal, entre outras garantias.

Parece-nos que o legislador foi feliz na escolha pelo Direito Administrativo Sancionador, pois, além de evitar as discussões já vistas pelo Direito Penal, garantiu que a aplicação da norma se desse de maneira objetiva, dando assim uma resposta estatal compatível com a natureza da infração. Ademais, o legislador previu, por meio da Lei, um modelo de processo administrativo que garante o respeito às garantias individuais dos acusados, prevendo assim critérios específicos para aplicação das sanções, assegurando a ampla defesa e o contraditório, exigindo fundamentação das decisões, etc.

Nesse sentido, aprovando a escolha feita pelo legislador e sintetizando muito bem o que foi dito, André Pimentel Filho descreve que:

Essa política foi feliz não só do ponto técnico-jurídico, como também sob a perspectiva sociológica, de eficácia da

legislação, eis que a criação de disposições sancionadoras desenhadas especialmente para a sanção de pessoas jurídicas tem potencial de surtir efeito muito superior no objetivo e prevenir e punir práticas corruptas, em especial por permitir que se utilizasse de técnicas de responsabilização que dispensasse a perquirição, tão somente as sanções aplicável as pessoas jurídicas, de elemento subjetivo, justamente que pelo fato de que tal indagação sobre a vontade, sobre o elemento subjetivo que comandou o ato de corrupção, é incabível em se tratando de pessoa coletiva, que age sob influencia de múltiplas condutas e desígnios.¹²

5 CONCLUSÃO

A Lei nº 12.846/2013 representa um marco ao combate à corrupção com diversos mecanismos para aplicação da norma e investigação criminal, o Brasil preenche uma lacuna que até então existia em nosso sistema jurídico, além de cumprir compromissos internacionais que exigiam uma legislação dessa importância.

Trata-se deste modo de um diploma moderno, que reconhece as dificuldades em se descobrir e punir os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas e, por isso, prevê mecanismos compatíveis e eficientes que se amoldam a essas dificuldades.

Assim, a Lei adota a responsabilidade objetiva pelos atos de corrupção causados por pessoas jurídicas e traz ferramentas compatíveis com o seu “modus operandi”, como o Acordo de Leniência e o Cadastro Nacional de Pessoas Punidas.

Enfim, enxergamos a Lei nº 12.846/2013 como um marco no combate à corrupção. Não só por preencher um vazio que existia em nosso ordenamento jurídico, mas também por trazer instrumentos importantes que são capazes de alterar radicalmente o comportamento e a visão que a iniciativa privada possuía da corrupção. Assim, a Lei Anticorrupção consegue provocar algo inédito em nossa sociedade, que vai muito além da responsabilização das

¹² FILHO, André Pimente. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Pg.74/75

peças jurídicas infratoras: ela promove a união do setor público e do setor privado em torno de um mesmo objetivo- por fim à corrupção.

REFERENCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. Interesses difusos e coletivos esquematizado. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 714/715.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FILHO, André Pimente. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa. 2 ed. São Paulo: Método, 2014. Página 246.

PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015.

PRADO, Francisco de Octavio Almeida. Improbidade Administrativa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

A CORRUPÇÃO E O PROCESSO ELEITORAL: “O CAIXA DOIS”

CORRUPTION AND THE ELECTORAL PROCESS: SLUSH FUND

Lucas Magalhães de Souza Caminha¹

RESUMO

Após profundas mudanças políticas e sociais o processo eleitoral vem cada vez mais sendo objeto de análises por parte dos operadores do direito. Uma das práticas mais danosas que corrompem o processo eleitoral é a utilização de mecanismos que não declaram receitas e despesas de campanha durante o processo eleitoral, essa, prática denominada caixa dois eleitoral. O presente artigo pretende demonstrar como o crime de caixa dois eleitoral está previsto na legislação e suas modalidades de seu uso.

Palavras chaves: Eleição. Corrupção. Caixa Dois. Justiça Eleitoral. Recursos ilícitos. Justiça Eleitoral.

ABSTRACT

The political and social changes of the electoral process are sometimes more subject to analysis by the operators of the law. The biggest corruption practices in the electoral process are the use of mechanisms to obscure campaign revenues and expenses during the electoral process, the so-called electoral slush fund. This article aims to demonstrate how the crime of an electoral organization is provided for in the legislation and its ways of using it.

Keywords: Election. Corruption. Slush fund. Electoral justice. Illicit resources. Electoral justice.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos houve profundas mudanças políticas, sociais e econômicas. O país recuperou as instituições democráticas, mas, essa recuperação, foi marcada pelo grande aumento da criminalidade eleitoral.

¹ Bacharel em Direito. UniCEUB, 2017. Pós-graduando em Direitos Penal e Controle Social. UniCeub, 2018-2019

Assim, o destaque dado, recentemente, ao aumento dos níveis de criminalidade gerou alarmismo, que acarretou uma preocupação popular por uma maior eficácia das instâncias governamentais²

A corrupção em pleitos eleitorais desperta interesse pois ferem a democracia como forma de expressão de liberdade de uma nação, atentando contra ideais da representatividade popular traduzidas pelo voto.

As condutas ilegais durante os pleitos eleitorais afetam o Estado atingindo as instituições políticas cabendo a justiça velar pela legitimidade e legalidade dos pleitos eleitorais bem como a preservação dessas instituições.³

Os ilícitos que ocorrem nesse âmbito eleitoral e criminal são das mais variadas formas e ensejam particular interesse para que da melhor forma sejam coibidos e debelados, para que imperem as liberdades políticas.

Os crimes eleitorais se traduzem em condutas que maculam a liberdade do direito do sufrágio desde as que conspurcam a filiação a partidos políticos, o financiamento de campanha eleitoral até o resultado e diplomação dos eleitos.

Nesse contexto, a legislação eleitoral elenca figuras típicas como crimes eleitorais no interesse público de proteger a liberdade e legitimidade do sufrágio e dos direitos políticos isonômicos.⁴

Assim, no sentido de proteger a liberdade e legitimidade do processo eleitoral de atos lesivos e corrompedores do sistema democrático, a legislação pretende criminalizar as condutas lesivas.⁵

Uma das condutas lesivas relativo ao financiamento de campanha eleitoral é a declaração falsa de receitas e despesas durante o pleito eleitoral, muitas vezes se utilizando de recursos de origem ilícita oriunda de crimes de corrupção ou de lavagem de dinheiro.

² WERMUTH, Maquiel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

³ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁴ SILVEIRA, José Neri da. **Aspectos do Processo Eleitoral**. Porto Alegre. Livraria do Advogado.2010. ⁵ GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo. Editora Atlas.2015.

Desse modo, este artigo pretende discutir sobre a corrupção e a prática conhecida como caixa dois eleitoral demonstrando as hipóteses utilizadas pelos candidatos.

2 A CORRUPÇÃO E O PROCESSO ELEITORAL

A corrupção no sentido de obtenção de vantagem indevida quando do exercício da função pública tem origem milenar, sendo esse problema, comum nos regimes de governo em todo mundo. ⁵

Para a legislação penal brasileira, a corrupção, é em razão da função pública a obtenção de vantagem indevida do agente público quanto do particular utilizando de vários métodos com intuito de burlar a legislação para obtenção dessa vantagem.

A corrupção passou a ser maior percebida nas economias atuais pelo aumento de grupos de agentes públicos organizados com intuito de obtenção de vantagens com a conivência de grandes empresas com a finalidade de expandir e facilitarem seus negócios e aumentarem seus lucros. ⁶

Muitos agentes públicos a fim de obtenção expandir sua influência política, contando com apoio de grupos empresariais organizados, elevaram seus poderes utilizando-se de métodos que não refletiam necessariamente a vontade popular, em sua essência, nos pleitos eleitorais.

Desse modo desvirtuavam o processo, modificando a vontade exteriorizada pela coletividade suprimindo a igualdade de escolha dos representantes no pleito eleitoral, pois a igualdade de escolha dos representantes deve encontrar na igualdade de oportunidades para aqueles que pretende ascender no poder. ⁷

Quando há o desvirtuamento da igualdade de condições de escolha de seus representantes, ou seja, um desrespeito a base principiológica de uma

⁵ GRECO FILHO, Vicente. **O combate a corrupção**. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

⁶ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁷ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012.

disputa eleitoral, neste caso ocorrerá um ato abusivo, pois existe prejuízo do direito de igualdade de todos no pleito, “afetando seu regular desenvolvimento e a imperiosa correlação que deve existir entre a vontade popular e o resultado nas urnas.”.⁸

Nestes casos, o abuso de poder no processo eleitoral muitas vezes se dá por doações eleitorais com o objetivo de burlar a legislação eleitoral a fim ou não de obtenção de vantagem indevida ao candidato ou a agremiação político partidária a fim de ferir o princípio da igualdade dos concorrentes no pleito.

Uma das modalidades mais conhecidas com esse fim é a omissão nos documentos de prestação de conta eleitoral de recursos de campanha, prática denominada caixa dois eleitoral.

3 O CRIME DE CAIXA DOIS ELEITORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Não há um tipo penal específico na legislação atual vigente de “caixa dois eleitoral”. Assim, o crime de caixa dois eleitoral constante na legislação eleitoral brasileira trata-se do artigo 350 do Código Eleitoral Brasileiro: “Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais”.⁹

A Lei das Eleições, Lei 9.504/97, exige a prestação de conta, o candidato que omite dados, ou seja, realiza declaração falsa, de suas receitas ou gastos está sujeito as sanções previstas pelo código eleitoral.

Neste caso trata-se de crime comum, doloso e gerador de inelegibilidade. O documento neste caso é considerado verdadeiro, mas ocorre a omissão de quantia que deveria estar presente na declaração do documento público ou particular. Também caso for um agente público a causa especial de aumento de pena de um quinto a um terço constante do artigo 285 do Código Eleitoral.

⁸ GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo. Editora Atlas.2015.

⁹ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**.

Existem hipóteses de caixa dois adotada pelos agentes políticos em pleitos eleitorais como disposto no tópico seguinte.

4 HIPÓTESES DE CAIXA DOIS ELEITORAL COM AS TIPIIFICAÇÕES LEGAIS

4.1 Os recursos de origem legal, não declarados à justiça eleitoral e sem favorecimento das partes.

A hipótese de recursos de origem legal, não declarados à justiça eleitoral e sem favorecimento das partes. Esta modalidade de Caixa 2 ocorre quando há doação de dinheiro ou valor legítimo (de origem lícita) para a campanha, com finalidade cooperativa ou ideológica. Contudo, por alguma razão, o candidato não declara o valor recebido a justiça eleitoral.

Nesse caso a doação para a campanha não envolve promessa ou efetiva troca de favores, tais como aprovação de leis ou outros tipos de favorecimento. Assim não há crime, de corrupção, ou seja, não há implicação na esfera penal. Todavia como não houve a declaração do valor recebido perante a Justiça Eleitoral, ocorre crime eleitoral constante no art. 350 do Código Eleitoral, punível com até 5 anos de detenção.

4.2 Os recursos de origem lícita, declarados à justiça eleitoral e com favorecimento das partes.

Outra hipótese é a de recursos de origem lícita, declarados à justiça eleitoral e com favorecimento das partes. Nesse caso de caixa 2 ocorre quando há doação de dinheiro ou valor (de origem lícita) para a campanha do candidato em troca de promessa ou efetiva troca de favores entre o doador e o candidato. Nesta hipótese o candidato declara à Justiça Eleitoral os valores da doação, que está ligada a contrapartida entre o doador e o candidato.

Dessa forma, presente a vantagem indevida entre as partes há existência de consequências penais, sendo, no crime de corrupção passiva (Art. 317 do Código Penal) ao candidato, e, no crime corrupção ativa (Art.333 do Código Penal) pela parte doadora. Todavia como houve a declaração do valor recebido

perante a Justiça Eleitoral, pois o recurso é de origem lícita e possível, não vedado pela lei eleitoral.

4.3 Os recursos de origem lícita ou ilícita, não declarados à justiça eleitoral ou declarados em parte e com favorecimento das partes.

Existe também a hipótese de recursos de origem lícita ou ilícita, não declarados à justiça eleitoral ou declarados em parte e com favorecimento das partes. Esta modalidade de Caixa 2 ocorre quando há doação de dinheiro ou valor (de origem lícita ou ilícita) para a campanha do candidato em troca de promessa ou efetiva troca de favores entre o doador e o candidato. Nesta hipótese o candidato não declara à Justiça Eleitoral os valores da doação ou declara somente parte. Os valores devem estar ligados a contrapartidas entre o doador e o candidato.

Assim, presente a vantagem indevida entre as partes há existência de consequências penais, sendo, no crime de corrupção passiva (Art. 317 do Código Penal) ao candidato, e, no crime corrupção ativa (Art.333 do Código Penal) pela parte doadora. Também como não houve a declaração do valor recebido perante a Justiça Eleitoral ocorre crime eleitoral constante no art. 350 do Código Eleitoral, punível com até 5 anos de detenção.

4.4 Os recursos de origem lícita ou ilícita, não declarados à justiça eleitoral e com favorecimento exclusivamente do candidato.

Por fim, existe a modalidade de recursos de origem lícita ou ilícita, não declarados à justiça eleitoral e com favorecimento exclusivamente do candidato. Esta modalidade de Caixa 2 ocorre quando há doação de dinheiro ou valor (de origem lícita ou ilícita) para a campanha do candidato sem troca de promessa ou efetiva troca de favores entre o doador e o candidato. Nesta hipótese o candidato não declara à Justiça Eleitoral os valores da doação e se apropria dos recursos doados para a campanha para uso particular ou de outrem.

Dessa forma, como não houve a declaração do valor recebido perante a Justiça Eleitoral ocorre crime eleitoral constante no art. 350 do Código Eleitoral, punível com até 5 anos de detenção. Ao candidato, caso a doação seja lícita e de boa fé que se apropria do dinheiro ou valor para proveito próprio ou alheio recairá ao crime de peculato (Art. 312 do Código Penal). Caso a doação seja ilícita poderá recair no crime de corrupção passiva (Art. 317 do Código Penal) ao candidato, e, no crime corrupção ativa (Art.333 do Código Penal) pela parte doadora.

5 CONCLUSÃO

Os atos corrompedores que ocorrem nesse âmbito eleitoral e criminal são das mais variadas formas e ensejam particular interesse para que da melhor forma sejam coibidos e debelados, para que imperem as liberdades políticas.

O processo eleitoral deve preservar os princípios durante o processo eleitoral, evitando atos que corrompe o pleito e a isonomia entre os candidatos. Desse modo é imperioso que a legislação criminal seja aprimorada.

As hipóteses de prática do caixa dois eleitoral envolvem crimes anteriores como o crime de corrupção, o de organização criminosa entre outros. Nesse sentido, faz necessária o combate da origem desses atos, ou seja, mecanismos de controle e monitoramento de práticas ilícitas.

Além disso, é necessário a criação de um tipo penal específico ao crime de caixa dois eleitoral, a fim de uma melhor tipificação da conduta delitiva e da melhor investigação por parte dos órgãos fiscalizadores e investigadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro.

GOMES, José Jairo. Crimes e processo penal eleitorais. São Paulo. Editora Atlas.2015.

GOMES, Suzana de Camargo. Crimes eleitorais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Crimes eleitorais e processo penal eleitoral. São Paulo: Atlas, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. O combate a corrupção. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

SILVEIRA, José Neri da. Aspectos do Processo Eleitoral. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

WERMUTH, Maquiel Ângelo Dezordi. Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

AGREEMENT OF COLLABORATION AWARDED AS A PROCESSUAL LEGAL BUSINESS

Fabiano Alcântara Parente Farias¹

RESUMO

A colaboração premiada tem se tornado um importante meio de obtenção de provas no âmbito do processo penal. A Lei 12.850/2013 aperfeiçoou o instituto, conferindo ao Estado maior flexibilização do seu poder/dever de punir, em troca de informações relevantes para a investigação criminal. O presente artigo analisará a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada e sua importância para o ordenamento, ao questionar se ele pode ser entendido como negócio jurídico processual.

Palavras-Chave: Colaboração premiada. Negócio jurídico processual. Lei 12.850/2013.

ABSTRAC

Award-winning collaboration has become an important means of obtaining evidence in criminal proceedings. Law 12.850 / 2013 perfected the institute, giving the State greater flexibility in its power / duty to punish, in exchange for information relevant to the criminal investigation. This article will analyze the legal nature of the award-winning collaboration agreement and its importance for the planning, when questioning whether it can be understood as legal process business.

Keywords: Award-winning collaboration. Legal business process. Law 12,850 / 2013.

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada tem se tornado cada vez mais um importante instrumento para obtenção de provas valiosas no âmbito das investigações

¹ Pós-graduando em Direito Penal e Controle Social pelo UNICEUB.

criminais, notadamente naquelas que apuram crimes cometidos no âmbito das organizações criminosas.

Mais que isso: ela tem contribuído decisivamente na elucidação de casos de corrupção pública e se tornou mais evidente nas investigações da Operação Lava Jato – que apura esquema que movimentou bilhões de reais em corrupção e lavagem de dinheiro por organizações criminosas integradas por políticos e empresários de prestígio da sociedade brasileira.

No ordenamento jurídico pátrio, a colaboração premiada ganhou fama de protagonista especialmente após a vigência da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, por meio da qual o legislador definiu parâmetros para o instituto, conferindo, quase à exaustão, requisitos, hipóteses para sua utilização e benefícios decorrentes de seu uso.

Apesar de ser recente a Lei, o instituto da colaboração premiada não surgiu nos dias atuais. No ordenamento jurídico pátrio, a colaboração premiada teve uma primeira aparição quando da edição da Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos. Na ocasião, o art. 8º, parágrafo único², previu a possibilidade de redução de pena ao integrante de associação criminosa que denunciasse o “bando ou quadrilha” de forma que possibilitasse o seu desmantelamento.

Além disso, a Lei 9.613/98 (que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores) já previa, em sua redação original, benefícios para a colaboração, que, à época, deveria ser espontânea³ – conforme parágrafo 5º do art. 1º.

² Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

³ “§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” Vale registrar que o texto foi alterado pela Lei 12.850/2013 e a redação encontra-se vigente da seguinte forma: “§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que

Mas, sem sobra de dúvidas, foi com a Lei 12.850/2013 que o instituto ganhou força e os olhares ficaram cada vez mais atentos à nova (velha) técnica de investigação criminal.

Vale frisar que, conforme o art. 3º, I, da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada constitui-se como um **meio de obtenção de prova** e não como uma prova em si mesma. Gustavo Badaró⁴ diz que:

Enquanto os **meios de prova** são aptos a servir, **diretamente**, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, **os meios de obtenção de provas** somente **indiretamente**, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Definida a natureza jurídica da colaboração premiada – como instrumento de obtenção de prova, resta saber a natureza jurídica do acordo que se firma em torno da colaboração premiada: seria ele um negócio jurídico processual?

2 NEGÓCIO JURÍDICO: CONCEITO E PRESSUPOSTOS

O negócio jurídico tem suas raízes no Direito Civil, ramo do direito privado que dispõe, entre outras coisas, sobre a relação entre particulares. E para conceituar negócio jurídico é preciso socorrer-se da definição de ato e fato jurídico.

Os fatos jurídicos são, conforme Pontes de Miranda, fatos da vida que são capturados pelas normas jurídicas, qualificados, assim, como jurídicos. Segundo

conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

⁴ Em Processo Penal. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270.

o autor⁵, “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos”.

Miranda ensina que todo fato jurídico é fato da vida, mas nem todo fato da vida é jurídico. É necessário que haja a incidência normativa. Apenas dos fatos jurídicos decorrem os efeitos jurídicos.

Fato jurídico é gênero, dos quais são espécie *fato jurídico stricto sensu* e *ato jurídico lato sensu*.

Para Paulo Nader⁶, fato jurídico em sentido estrito corresponde aos acontecimentos advindos exclusivamente por força da natureza. Já o ato jurídico em sentido *lato* é o acontecimento praticado volitivamente. Esse, por sua vez, divide-se em ato lícito e ato ilícito.

O ato ilícito, por não ter respaldo no ordenamento, não produz efeitos jurídicos, sendo nulo desde a sua origem.

O ato jurídico lícito se subdivide em ato jurídico stricto sensu e **negócio jurídico**. Em sentido estrito, o ato jurídico é a exteriorização da vontade mediante atos que levam à formação, modificação ou extinção de relação jurídica, mas que, via de regra, é unilateral (não depende da vontade de um segundo ou terceiro).

Já negócios jurídicos, segundo Paulo Nader, são atos que humanos celebram e realizam entre si. São, ainda, uma fonte normativa. Eles ajustam conteúdo normativo, que regula ou disciplina algum tipo de interesse (antagônicos ou concorrentes).

O autor complementa que “enquanto os efeitos dos atos jurídicos stricto sensu são definidos no ordenamento (ex lege), os relativos aos negócios jurídicos são os estabelecidos pelas partes envolvidas (ex voluntate), dentro dos limites admitidos pela ordem jurídica”.

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

⁶ Em Curso de Direito Civil – Parte Geral, vol. 1. 9ª edição. Ed. Forense, p. 331

Para ele, ainda, há negócios jurídicos que não produzem efeito tão somente pela declaração de vontade, como no negócio de compra e venda, que, nesse caso, requer a tradição. A tradição, portanto, figura como elemento de determinados negócios jurídicos, implicando afirmar que *“um negócio jurídico pode consubstanciar-se na sequência de uma declaração de vontade e uma ação de ordem material”*.

Vale trazer, ainda, excelente contribuição de Antônio Junqueira de Azevedo, o qual conceitua negócio jurídico não de forma estruturada, mas, em suas palavras, sobre o que ele é. Para ele, “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”⁷.

Portanto, valendo-se dos conceitos acima expostos, podemos dizer que negócio jurídico é um instrumento que regula interesses entre duas ou mais partes, dentro das balizas legais, com vistas a produção de efeitos, tendo como pressupostos a existência, a validade e a eficácia.

3 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Fredie Didier Jr.⁸ ensina que “negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer dentro dos limites fixados no próprio ordenamento, certas situações processuais”. A exteriorização da vontade, dessa forma, implica em exercício do poder de regular o conteúdo de situações jurídicas processuais, significando a existência de um negócio jurídico processual.

Nessa esteira, o Novo Código de Processo Civil de 2015, de forma inovadora, consagrou uma transformação na forma de condução do processo, evidenciando uma nova ideologia, na qual o juiz cede espaço para que as partes

⁷ Em “Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia. Ed. Saraiva. 4ª edição, 2002, p. 16.

⁸ Em Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais. Editora JusPodium, 2018, p. 118.

atuem de forma ativa. O art. 190⁹ do novo diploma, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de as partes convencionarem entre si a forma como cumprirão determinados procedimentos processuais.

O Novo CPC é um exemplo que demonstra que o legislador tem se preocupado cada vez mais em dar mais autonomia para as partes, retirando aquela compreensão de que o juiz é o único responsável por decidir tudo no processo.

No âmbito do direito processual penal, há, no art. 89 da Lei 9.099/1995¹⁰ (Lei dos Juizados Especiais), outro exemplo de negócio processual penal. Prevê o dispositivo que o Ministério Público pode propor a suspensão do processo, desde o acusado cumpra determinadas condições.

A Lei 12.850/2013, ao tratar do instituto do acordo de colaboração premiada, acaba por “criar”, ou melhor, expandir mais um instrumento que possibilita a realização de um negócio jurídico processual. Vejamos: 1. a Lei utiliza, expressamente, os termos “acordo de colaboração”¹¹ e “negociações”¹²;

⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁰ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

¹¹ Art. 6º da Lei 12.850.

¹² Art. 4º, § 6º, da Lei 12.850.

2. o acordo será realizado entre duas partes “o delegado de polícia e o investigado, com seu defensor, com a necessária manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”¹³; 3. o acordo é sinalagmático, ou seja, há direitos e obrigações para ambas as partes. O acusado ou réu se compromete a colaborar efetivamente com a investigação e com o processo criminal, renunciando expressamente o direito ao silêncio, cabendo ao Estado, caso advenha resultados definidos pela Lei, conceder o perdão judicial ou reduzir em dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direito.

Evidente que, para que o acordo seja justo, deve haver proporcionalidade entre os efetivos resultados advindos das informações prestadas pelo colaborador e a sanção premial a ser concedida pelo Estado.

Nesse sentido, poderá haver efeitos processuais relevantes decorrentes do acordo de colaboração, dentre os quais destacam-se os previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013: **1.** “o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional”; **2.** “o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração”; **3.** “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”; **4.** e, por fim, “ o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados”.

¹³ Art. 4º, § 4º, da Lei 12.850.

Esse acordo, vale frisar, antes de gerar efeitos, será submetido ao crivo do Juiz, que o homologará após verificar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade.

O art. 5º da Lei 12.850/2013 prevê que o acordo de colaboração homologado pelo juiz confere ao colaborador o direito de: 1. "usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica"; 2. "ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados"; 3. "ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes", 4. "participar das audiências sem contato visual com os outros acusados".

Como se vê, trata-se de um típico negócio jurídico operado no âmbito do processo. A Lei, ao estabelecer obrigações, garantias e direitos entre as partes (no caso entre o investigado, acusado ou réu e o Ministério Público), estabelece as linhas gerais dentre as quais podem ser celebrados acordos de colaboração. Fredie Didier Jr.¹⁴ assim também entende:

A exteriorização de vontade é elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico, que, então, já pode ser qualificado como um ato jurídico em sentido amplo. Mas é possível ir além. A vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficaz, dentro dos limites traçados. O ordenamento deixa, aqui, espaço para o exercício do autorregramento, que, como todo espaço para o autorregramento, é limitado pelo próprio sistema. As partes negociam e definem a prestação de colaboração, que passa a ser devida, justamente, em razão do negócio. Há, assim, definição de consequência jurídica e do seu conteúdo.

O Supremo Tribunal Federal também conclui que o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual. No julgamento do Habeas Corpus 127.483/PR, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, o STF denegou a ordem aos pacientes que tentavam impugnar colaboração premiada. Conforme trechos da ementa a seguir, a Suprema Corte entendeu que o acordo de colaboração é um ato personalíssimo:

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na

¹⁴ Em "Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais", Ed. Jus Podium, p. 121.

votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4o, § 7o, da Lei no 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. **Negócio jurídico processual personalíssimo**. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4o, § 11, da Lei no 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, *a priori*, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada.

(...)

4. **A colaboração premiada é um negócio jurídico processual**, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

(...)

5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

(...)

6. Por se tratar de **negócio jurídico personalíssimo**, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6o, I, da Lei no 12.850/13). (sublinhei)

Vale registrar, ainda, trechos do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, que, analisando a questão, assevera que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, perpassando pelos pressupostos de existência, eficácia e validade, Vejamos:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

(...)

Enquanto “a proposta é uma declaração de vontade dirigida a alguém com quem se quer contratar”, “a aceitação é a palavra afirmativa a uma *proposta* de contrato”, em que “o *aceitante* integra a sua vontade na do *proponente*, emitindo uma *declaração* ou realizando atos que a exteriorizam (...)” (Orlando Gomes, op. cit., p. 64-70).

No caso da colaboração premiada, uma vez aceita por uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência).

Não se confundem, assim, “proposta” e “acordo”, tanto que a “proposta” é retratável, nos termos do art. 4o, § 10, da Lei no 12.850/13, mas não o acordo. Se o colaborador não mais quiser cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, mas de simples **inexecução de um negócio jurídico perfeito**.

O art. 6º, da Lei no 12.850/13 estabelece os **elementos de existência** do acordo de colaboração premiada. Esse acordo deverá ser feito por **escrito** e conter: **i)** o relato da

colaboração e seus possíveis resultados; **ii)** as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; **iii)** a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e **iv)** as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

(...)

Quanto ao plano subsequente da validade, o acordo de colaboração somente será válido se: **i)** a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e **ii)** o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.

(...)

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, chega-se ao **plano da eficácia**: o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).(sublinhei)

Não restam dúvidas sobre a natureza negocio-processual do acordo de colaboração premiada, a despeito de posições divergentes, como a de Humberto Dalla Bernadina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Porto¹⁵. Para eles “[p]arece irrefutável que o acordo celebrado entre o acusado (em sentido amplo) e o Ministério Público não constitui negócio jurídico processual, como conceituado acima. Afinal, se o ponto nodal para conceituar um ato como negócio é a possibilidade de as partes definirem seus efeitos, lançando mão de sua autonomia da vontade, não pode haver enquadramento da hipótese a definição”. Isso porque, segundo os autores, a participação do juiz no ato da celebração do acordo acaba por retirar, de certo modo, a autonomia da vontade das partes. Para eles “[é] o caso de se questionar: o juiz é parte do acordo de colaboração premiada? A que se atribui sua tão relevante postura?”

¹⁵ Em Colaboração Premiada: um Negócio Jurídico Processual? Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 73, 2016.

Segundo a Lei¹⁶, vale frisar, o juiz homologará o acordo, após verificar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade. A Lei teve o cuidado, inclusive, de ressaltar que o juiz não participará das negociações entre as partes¹⁷.

Ademais, Pontes de Miranda¹⁸ ensina que “homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser”. “Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, e menos do que ser o mesmo”.

Nessa toada, Fredie Didier¹⁹ diz que a homologação (o ato de) é o pronunciamento “de que o que se produziu está homólogo àquele considerado em um modelo abstrato, para que, assim, possam ser irradiados os efeitos previstos a esse último”. Assim, “a necessidade de homologação justifica-se na medida em que a obrigação de cooperação compõe a relação de reciprocidade causal com os benefícios penais pactuados”.

Como consequência do ato de homologação do negócio processual, o juízo conferirá, àquele acordo, o equivalente à decisão penal que concede perdão judicial ou à que aplique a redução de pena ou, ainda, à que a que converta a pena restritiva de liberdade em pena restritiva de direito.

4 CONCLUSÃO

A colaboração premiada, como um meio de obtenção de prova, é um importante instrumento para as investigações sobre o crime organizado.

¹⁶ § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

¹⁷ § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória. Campinas: Bookseller, 1998, p. 410.

¹⁹ Em Colaboração Premiada: um Negócio Jurídico Processual? Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 73, 2016.

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 – a chamada Lei de Combate às Organizações Criminosas –, passou a disciplinar de forma abrangente o instituto da colaboração premiada.

Entende-se o acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual, uma vez que a Lei permite a instrumentalização de um negócio processual, que originam, por consequência, direitos e deveres recíprocos entre as partes.

Conferir ao acordo de colaboração premiada um *status* de negócio jurídico é de grande relevância, notadamente porque o Estado, como parte celebrante do acordo, ganha uma importante moeda de troca, na medida em que pode negociar o seu poder/dever de punir em troca de informações privilegiadas e de provas contundentes que visam o combate e o desmantelamento de verdadeiras organizações criminosas. Além disso, em se tratando de um negócio jurídico, o seu efeito irradiará somente entre as partes, não cabendo a terceiros a impugnação do acordo, porque dele não participaram.

A observância dos direitos e das garantias fundamentais nesse processo é essencial, uma vez que o Estado não pode se valer de medidas cautelares de natureza pessoal (prisão temporária ou preventiva), visando, sobretudo, obter a confissão ou colaboração. A colaboração premiada precisa ser, de fato, voluntária e legítima, sob pena de maculação do processo.

Por fim, em tempos de intenso combate à corrupção, a flexibilização da persecução penal por parte do Estado veio em boa hora como um importante meio de garantir efetividade das investigações.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Negócio Jurídico. *Existência, Validade e Eficácia*. Ed. Saraiva. 4^a edição, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Rio de Janeiro. Editora Campus: Elsevier, 2012.

BERNADINA, Humberto Dalla. PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Colaboração Premiada: um Negócio Jurídico Processual?* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 73, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Editora JusPodium, 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais 1983.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, vol. 1. 9ª edição. Ed. Forense.

A INFLUÊNCIA DA CORRUPÇÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA

THE INFLUENCE OF THE CORRUPTION IN THE PROCESS OF JUDICIALIZATION OF THE BRAZILIAN FOREIGN POLICY

Isabella Pereira de Souza ¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é o estudo do fenômeno do Judicial Power ou judicialização da política, destacando a política externa brasileira e a inserção da corrupção – atual preocupação da comunidade internacional – na agenda da política externa do Brasil. Foi feita uma análise da globalização na esfera judicial e da transcendência dos problemas internos quanto às consequências em âmbitos internacionais, também quanto à Suprema Corte brasileira e casos em que questões políticas de influência em mais de um Estado foram parte de sua competência.

Palavras-chave: Política Externa Brasileira; Corrupção transnacional; Judicialização da Política Externa;

ABSTRACT

The aim of this article is the study of the phenomenon of the “Judicial Power”, highlighting the Brazilian foreign policy and the corruption – international community's current concern – in Brazil's foreign policy agenda. An analysis of the globalization in the judicial ambit was made and an analysis of the transcendence from internal problems with regard to consequences in international spheres. Furthermore, an analysis of the Brazilian Supreme Court and cases in which policy issues of influence in more than one State were part of its competence.

¹ Advogada, aluna do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu – Lei Anticorrupção, Professor Rodrigo Janot Monteiro de Barros – RA 51800645, do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/IPCD. adv.isabella@outlook.com

Key words: Brazilian Foreign Policy; Transnational corruption; Judicialization of the foreign policy;

1 INTRODUÇÃO

Os três poderes sofreram modificações com o passar dos anos, houve um expressivo aumento de temas – que eram de esfera prioritariamente do poder executivo – e por diversos motivos foram transferidos para a competência do poder judiciário, o qual, sofreu pressão para que assumisse responsabilidades ignoradas e omissas por outros poderes, movendo a Suprema Corte brasileira e fazendo-a adquirir legitimidade para lidar com temas antes não recorrentes nesta esfera.

A corrupção – antes do mundo globalizado – era algo a se verificar internamente por cada Estado, não havia preocupação mundial recorrente, pois a ideia era de que a corrupção de um Estado não teria influência em outro, ou seja, era discernida como um problema isolado.

Com a globalização e a revolução técnico-científica-informacional, percebe-se uma maior fluidez nas fronteiras, abrindo espaço para que hipotéticos desentendimentos fossem resolvidos na esfera internacional. Assim, o judiciário brasileiro se viu na necessidade de reger matérias que ocupam espaço em âmbito supranacional e que antes pertenciam à agenda do Itamaraty e outros agentes de política externa brasileira.

É ainda pouco estudado a forma inédita de participação do poder judiciário na confecção de política externa, por se tratar de fenômeno muito recente e pouco observado – apesar de haver estudo acerca do fenômeno da Judicialização política. Destarte, a nova configuração gera efeitos relevantes e mudanças na projeção do Brasil no cenário internacional. Por conseguinte, é imprescindível o estudo do sequestro da agenda de política externa pelo poder judiciário.

O tema da corrupção se mostra muito adequado para observar tal fato, já que não há como negar o ativismo do judiciário no âmbito internacional nessa esfera, principalmente tendo em mente o protagonismo de tal poder em

cooperação internacional quando, por instância, da recente e mundialmente conhecida “operação lava-jato”, pela qual se assistiu o empoderamento do poder judiciário em ações supranacionais e em conjunto com instituições de outros Estados-Nação. Ademais, percebeu-se crescente visibilidade e participação da sociedade civil na esfera doméstica, se manifestando favoravelmente na luta contra a corrupção – e contrariamente, em pontuais ações, devido a uma suposta autonomia exacerbada dada ao Poder Judicial, o que é chamado de ativismo.

2 TRANSNACIONALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO

A corrupção é um fator de ordem pública e de acordo com Daniel Dommel – antigo presidente da Transparency Internacional France – é um flagelo antigo, o qual, inicialmente, apenas despertava preocupações no âmbito nacional, gerando uma certa instabilidade quanto ao combate na esfera internacional. O que se entende por corrupção não repercutia em uma problemática transnacional e não havia meios de repreensão, porquanto os Estados ignoravam e chegavam a incentivar a prática da corrupção fora de seus limites, instituindo massiva impunidade.²

O caso Lockheed – escândalo político dos anos 70, envolvendo uma das maiores companhias de construção de aviões dos EUA – foi um dos propulsores para a regulamentação de normas anticorrupção pelo mundo. Esse caso envolveu pelos menos 5 países – causando a renúncia do então presidente da República da Itália e envolvimento em meio à família real holandesa – a partir daí, se originou, impulsionada pelo presidente dos EUA à época, Jimmy Carter – a principal lei anticorrupção dos EUA: Foreign Corrupt Practices Act de 1977.

Nesse contexto de luta contra a corrupção, Gilles Favarel-Garrigues usa a expressão “boy-scouts solitaires” – ou seja, o que poderíamos delinear como escoteiro solitário – para descrever a deserta situação norte-americana em face

² SINGH, Shailendra, **Lutte anti-corruption**, [s.l.: s.n.], 2013.

a outros Estados, os quais não tinham a mesma preocupação quanto à temática da corrupção fora de seus limites territoriais.³

Nas décadas seguintes, a sociedade mundial põe-se a atentar para a corrupção internacional. Pode aqui ser citado, em contexto dos anos 90, na qual se observa a adoção de uma convenção contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros advinda da Organização de Cooperação Econômica e Desenvolvimento, OCDE, de 1997; também, na manifestação de outras organizações, como o FMI – Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

4

Kofi Annan – sétimo secretário-geral da Organização das Nações Unidas – na nona conferência Internacional Anti-Corrupção em Durban em 1999, afirma:

Issues such as environment, crime, terrorism, and corruption carry no passports. They are beyond the power of any single nation to address on its own. Progress in the years ahead will require unprecedented levels of cooperation and collaboration among peoples of different cultures, religions and values. Only a global effort is capable of meeting global challenges.⁶

Desse modo, faz-se necessária uma forma de cooperação entre Estados para prevenir a corrupção e também para combatê-la, podendo se falar em interligação de informações e de questões probatória e em tratados e convenções firmados entre diferentes Estados – promovendo certa padronização nos meios de ataque à corrupção mundial.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os poderes legislativo e executivo possuíam grande poder – gerando o que foi chamado de “Gigantismo Estatal” – produzindo alguma preocupação

³ FAVAREL-GARRIGUES, Gilles, *La lutte anticorruption: de l’ unanimité internationale aux priorités intérieures*, **Droit et société**, 2009.

⁴ SINGH, **Lutte anti-corruption**.

⁵ Tradução: Problemas como o meio ambiente, crime, terrorismo e corrupção não carregam passaportes. Eles estão além do poder de qualquer nação para resolver por conta própria. Progresso nos próximos anos vai necessitar de níveis sem precedentes de cooperação e colaboração entre diferentes povos de diferentes culturas, religiões e valores. Apenas um esforço global seria capaz de enfrentar desafios globais.

⁶ ANNAN, Kofi, 9th International Anti-Corruption Conference (IACC), 10-15 October, 1999, Durban, South Africa, p. 6, .

social, e como forma de solucionar esse modelo estatal máximo foram implementadas barreiras, como a introdução de uma maior participação popular nas decisões estatais e a pressão gerada no Poder Judiciário para que assumisse o desafio de tomar as rédeas de determinadas decisões, se convertendo em um poder mais expressivo e politizado: “A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver.”⁷

A partir do desenvolvimento do legislativo e do administrativo, Cappelletti – considerando como um fenômeno patológico, o qual deveria ser reprimido – faz a seguinte análise:

As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçar por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. Não é este o lugar para o exame das várias tentativas realizadas e que continuam a se realizar em tal sentido: da descentralização legislativa à participação popular nos procedimentos decisórios da administração. Basta notar que, também para o Judiciário, tais desenvolvimentos comportaram consequências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o ‘terceiro poder’ não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no estado moderno, o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. [...] Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o Legislativo e o Administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher umas das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro

⁷ HIRSCHL, Ran, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, *Fordham L. Rev.*, 2006.

gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador⁸

Desse momento em diante, é nítida a escolha do judiciário pela segunda alternativa, o autor ainda complementa: “passaram com audácia, a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada.”⁹

Diversos fatores levaram à expansão da expressão do Poder Judiciário. Destaca-se a ideia de Hirschl: De acordo com o autor, fator propulsor desse judicialismo mais afluído, pode ser atribuído ao enfraquecimento dos demais poderes. Quanto à diminuição da força do Estado, através do legislativo e executivo, pode ser visualizada através de diferentes prismas, um deles seria exatamente a presença de inúmeros escândalos de corrupção, expondo-os e cominando na requisição do judiciário para suprir as falhas governamentais, como uma espécie de poder emancipador.¹⁰

Levando em consideração as ideias de Guarnieri e Pederzoli, pode ser observado que a judicialização não tem grandes chances em uma comunidade na qual o sistema político é muito fortalecido, ou seja, quanto menos eficaz o sistema político, mais força o judiciário poderá manter.¹¹

Há ainda, opinião não muito diversa da de Hirschl – se considerado o aspecto da falta de confiabilidade social – Antoine Garapon dispõe acerca da “Judicialização Política” como uma enfermidade, advinda da decadência do Estado do Bem-estar ou Welfare State – “organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia”¹² – inserida na sociedade moderna.

⁸CAPPELLETTI, Mauro, **Juízes legisladores**, disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/376199347/CAPPELLETTI-Mauro-Juizes-legisladores-pdf>>, acesso em: 20 set. 2018.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ ABRAMOVICH, V *et al*, Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism, **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, 2004.

¹¹ GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia; THOMAS, C A, **The power of judges : a comparative study of courts and democracy**, [s.l.: s.n.], 2002.

¹² SCHUMPETER, Joseph A, On the concept of social value, **Quarterly Journal of Economics**, 1909.

A viragem judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio para um ideal democrático desencantado. O ativismo judicial, que é um dos sintomas mais aparentes, não passa de uma peça de um mecanismo mais complexo que necessita de outros mecanismos como o enfraquecimento do Estado, a promoção da sociedade civil e, obviamente, a força dos media. Os juízes só podem ocupar tal lugar com a condição de encontrarem uma nova expectativa política que as instâncias políticas tradicionais aparentemente não satisfazem¹³

A democracia é um dos fatores capazes de promover o Judicial Power, e de acordo com Neal Tate será árdua a tarefa de encontrar um ditador – independentemente de sua formação ideológica – que possa permitir que juízes participem das decisões políticas públicas mais importantes do Estado.¹⁴

Outro fator seria a “politics of rights”, ou política de direitos – política garantista de direitos fundamentais a grupos minoritários, considerando que o judiciário, diferentemente do executivo e legislativo, pode exercer papel contramajoritário – protegendo as minorias sociais, as quais muitas vezes não tem voz perante a uma sociedade enviesada.¹⁵

Entre as críticas ao expansionismo da abrangência do poder judiciário, encontra-se a argumentação de que poderia ocorrer um déficit democrático – considerando que o poder judiciário não apresenta eleições e não há considerável participação popular em seu desempenho. Podem ser citados Madison, Hamilton e Jay sobre os ideais de Montesquieu: “Se o poder de julgar estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria legislador; e se o poder de julgar estivesse unido ao Executivo, o juiz poderia ter toda a força de um opressor”¹⁶

Outro Fator que merece também ser levado em consideração quanto à propulsão da Judicialização é o sistema híbrido do controle de constitucionalidade.

¹³ GARAPON, Antoine, **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**, 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1999.

¹⁴ TATE, C. Neal, Why the expansion of Judicial Power?, *in*: **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**, [s.l.: s.n.], 1995.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ HAMILTON, Alexander; JAMES, Madson;; JAY, John, **O Federalista**, [s.l.: s.n.], 2003.

Ariosto Teixeira, sobre a inserção de um novo modelo no sistema do controle de constitucionalidade brasileiro, após a CF/88, analisa:

A lei declarada inconstitucional no controle difuso continua a integrar o ordenamento jurídico, o que torna a decisão em certos casos mera recusa de aplicação, com validade apenas no processo em que foi proferida. Mas o sistema brasileiro consolidou com a Constituição de 1988 também o modelo concentrado de controle, de inspiração austríaco-kelseniano, no qual essa competência é exclusiva do STF, que pode declarar a inconstitucionalidade tanto no julgamento de casos concretos quanto na revisão abstrata (political review) por via de ação direta. Diferentemente, todavia, do controle difuso, que tem eficácia inter partes, as sentenças no processo de controle abstrato têm eficácia erga omnes, ou seja, as decisões possuem a universalidade das leis e suspendem a execução da norma impugnada.¹⁷

Cabe ressaltar que a eficácia do sistema de inspiração austríaco-kelseniano, sendo erga omnes, enfatiza o poder judicial, submetendo decisões políticas ao controle constitucional, na verificação da constitucionalidade

Na obra “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, o autor Ran Hirschl acerca da “juristocracia”, afirma: “A judicialização da megapolítica e, de modo mais geral, a transição para a juristocracia é, sobretudo, um fenômeno político, e não jurídico. E é sob esse prisma que ele deve ser estudado.”¹⁸

Contudo, quando o mesmo autor se pergunta o que poderia ser considerado “político” e “judicialização da política”, vê certa contradição:

“o que é político?” — para muitos teóricos sociais, a resposta seria “tudo é político” —, também não pode haver uma definição simples e completa da judicialização da política. Em outras palavras, o que Larry King consideraria político é bem diferente do que Michel Foucault consideraria político. Do mesmo modo, o que pode ser considerado questão política controversa em uma comunidade (digamos, o direito de fazer um aborto nos Estados Unidos) pode não ser um problema em outra comunidade.¹⁹

¹⁷ TEIXEIRA, Ariosto, *Judicialização da política no Brasil (1990-1996)*, 1997.

¹⁸ HIRSCHL, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*.

¹⁹ *Ibid.*

4 POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA E A INFLUÊNCIA DA CORRUPÇÃO

Fabio Ramazzini Bechara – acerca do procedimento probatório em objeto de cooperação jurídica internacional em matéria penal – verifica que a diversidade dos sistemas gera certa problematização, sugerindo um “padrão universal de direitos humanos”, espécie de “quadro legal” – padronização a ser seguida quanto aos tipos legais, por diversos países. De acordo com as ideias do autor, a cooperação internacional em matéria penal seria “a espinha dorsal dos tratados internacionais no combate aos crimes transnacionais”. Na mesma obra, eleva a missão da comunidade internacional ao elaborar convenções (exemplo: convenção contra a corrupção) como exatamente essa: padronizar sistemas.²⁰

Sobre a diversidade de sistemas, o autor a retrata como: grande obstáculo a resguardar a eficácia da prova, pois, poderia haver a incompatibilidade normativa entre certos Estados, impossibilitando algum tipo de cooperação jurídica na resolução de casos. Ainda, cita os ideais nos quais a cooperação deve se processar, seriam: “solidariedade e de compartilhamento dos problemas e nas construção das respectivas soluções, em que o indivíduo é valor a ser tutelado.”²¹

Robert Klitgaard²², analisando a corrupção, traz um questionamento abordando as razões de ser vedada em quase todos os países e os motivos que levam ao não empenho para reduzi-las profundamente, cita alguns desses: “falta de vontade política e de capacidades locais suficientes, como estratégias e estruturas apropriadas (inclusive incentivos) para dificultar a ação dos corruptos. Em alguns casos, as capacidades locais são afetadas por restrições de custo, em outros pela falta de know-how e em outros ainda pela ausência de um empenho sério na criação de estratégias anticorrupção.”²³

²⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini, **Cooperação jurídica penal em matéria internacional: eficácia da prova produzida no exterior**, São Paulo: Saraiva, 2011.

²¹ *Ibid.*

²² decano e professor emérito de desenvolvimento e segurança internacionais na The Rand Graduate School. Santa Mônica, Califórnia.

²³ KLITGAARD, R., International cooperation against corruption, **Finance and Development**, 1998.

Ademais, o autor cita o quão benéfica seria a cooperação internacional para o desenvolvimento dos instrumentos capazes de combater a corrupção. Como estratégias elenca algumas, como: “captura de peixes graúdos”, envolvimento de pessoas no diagnóstico de sistemas corruptos, prevenção mediante o conserto desses sistemas e, o mais importante para essa obra: iniciativas internacionais.

Robert afirma que é de suma importância uma reforma dos sistemas, também que o combate à corrupção “Requer uma abordagem econômica, associada a grande sensibilidade política.”, demonstrando ainda que através da cooperação internacional, os líderes poderiam elaborar “soluções políticas”.²⁴

Como a corrupção se tornou uma preocupação transnacional, não haveria meio de solucioná-la apenas com ferramentas de abrangência interna, por isso os autores citam que adicionada à vontade estatal de combater-la, a cooperação jurídica seria meio eficaz, também se utilizando de disposições em tratados e convenções sobre o tema, criando assim, uma solução política.

Sobre o tema, pode ser citada como ferramenta anticorrupção a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, formada por 71 artigos e 8 capítulos, os quais sejam: disposições gerais, medidas preventivas, penalização e aplicação da lei, cooperação internacional, recuperação de ativos, assistência técnica e intercâmbio de informações, mecanismos de aplicação e disposições finais.

Logo no preâmbulo encontra-se disposição sobre a corrupção ter deixado de ser um problema local e se convertido em fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”, abarcando também a necessidade da cooperação internacional na luta e prevenção, enfatiza-se a responsabilidade de todos os Estados, ainda, abrangendo a participação de pessoas e grupos não pertencentes ao setor público e a finalidade de promover “uma cultura de rechaço à corrupção”.²⁵

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Unodc.org: United Nation Convention against corruption.

5 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA

Para os realistas, o âmbito doméstico não importava às relações internacionais, têm-se em vista, como exemplo, a teoria da bola de bilhar de Kenneth Waltz. Já os liberais consideravam os aspectos internos de um Estado importantes, porém não desenvolveram nenhuma abordagem que os levassem em consideração, por muito tempo. Isso veio a mudar anos depois, e a própria mudança em ambas esferas doméstica e internacional impulsionou novos atores a participarem no processo de decisão de política externa. Assim, a atuação de municípios, estados, ministérios, e outros poderes passou a ser conhecida e estudada.²⁶

O Brasil apresentava uma política externa majoritária e discricionariamente conduzida pelo Poder Executivo – na figura da chancelaria brasileira – contudo, após o enfraquecimento da confiabilidade em tal poder e considerando a ascendência na Suprema Corte quanto a discussões de causas relacionadas à política externa e causas capazes de influir na forma como o Estado é visto na esfera internacional, ocorre uma expansão do papel atribuído ao Poder Judiciário – que a partir daí se vê impelido a suprir lacunas – conhecida como Judicial Power.

O judiciário – até então responsável pela solução de conflitos internos entre particulares e entre esses e o Estado – expande seus horizontes, controlando também poderes-políticos. Logo, adquire legitimidade para atuar em âmbito político e cabe destacar: âmbito da Política Externa.

A função do Poder Judiciário vai se confundindo com o papel desempenhado pelo legislativo no que pode ser chamado de judicialização política, juntamente com esse fenômeno verificamos um importante ponto a ser estudado: a relevância das decisões do judiciário no âmbito externo.

²⁶ SALOMÓN, Mónica; PINHEIRO, Letícia, **Análise de Política Externa e Política Externa Brasileira: trajetória, desafios e possibilidades de um campo de estudos Foreign Policy Analysis and Brazilian Foreign Policy: evolution, challenges and possibilities of an academic field**, [s.l.: s.n., s.d.].

Independente da forma de atuação, há consequências em todas e quaisquer decisões judiciais, ainda mais em se tratando de casos nos quais envolvem transnacionalidade, quanto a crimes, corrupção, aspecto ambiental, entre outros. Podem ser citados casos relevantes para a comunidade internacional – em matéria penal, principalmente – como por exemplo: Caso Cesare Battisti, Lei de anistia e Caso da Guerrilha do Araguaia. Nessa obra será feita a análise do primeiro desses casos.

Atualmente, a política doméstica determina e muitas vezes é determinada pela política externa, pois, os resultados não são concentrados apenas pelo estado, são distribuídos pela sociedade nacional. A política externa se tornou democratizada.

A política externa de muitos Estados foi por longo tempo vista como anárquica e hostil, devido ao egoístico interesse Estatal e aos dogmas realistas. A troca de informações e auxílios entre os Estados não eram recorrentes – pouco se falava em cooperações – porém, toda essa visão foi modificada após o fenômeno da globalização mundial, não é mais comum, na atualidade, se falar em um problema, qualquer que seja, de interesse tipicamente de um lugar.²⁷

Outra questão recorrente era a distância entre a sociedade e a política externa brasileira – diferentemente de outras políticas públicas como a educação, saúde ou a questão das drogas, por exemplo; raramente a política externa era enxergada como política pública, por muito tempo era nítida a barreira entre essa e a população, e também como mencionado anteriormente nessa obra, o isolamento das políticas externas estatais.

Política essa que pode ser visualizada por dois aspectos distintos, o primeiro seria do prisma doméstico, falando-se nos meios de aplicação de certa política internacional. Quanto ao segundo aspecto, se trata do aspecto internacional, ou seja, v. g. a celebração de um acordo internacional.

“Há uma identidade entre os temas de preocupação interna e internacional. Por conseguinte, a política externa não se distingue mais dos

²⁷ MORGENTHAU, Hans, Política entre as nações, **Politics Among Nations**, 2003.

impactos que pode gerar internamente, muito menos das medidas de política pública doméstica que são exigidas para acompanhá-la”²⁸

No caso Cesare Battisti houve requerimento de extradição passiva pela República italiana – Extradição nº1.085²⁹ – o que acabou fazendo com que o Brasil fosse palco de um debate interno entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário e, externamente sofresse pressão do governo da Itália. Qualquer decisão tomada pelo Brasil, infalivelmente repercutiria na comunidade internacional e em decisões de outros países, ou seja, o Brasil assumiria posição que a depender da direção escolhida poderia ensejar desfechos diversos dos anteriormente tomados. Grande preocupação também, era quando à perda de legitimidade do instituto da extradição.³⁰

No julgamento estava em discussão importante questão: até que ponto pode o Judiciário rever ato do Executivo que concede refúgio político a um estrangeiro. Pode o Judiciário conceder a extradição de Battisti, desconsiderando ato prévio do Ministro da Justiça de concessão de refúgio? Pode o Judiciário imiscuir-se em questões de política externa, como o poder de decidir definitivamente sobre a extradição, que competem exclusivamente ao Presidente da República?³¹

O debate ganhou os holofotes perante a comunidade internacional também porque se discutia a constitucionalidade da Suprema Corte brasileira quanto à competência para fazer controle de constitucionalidade sobre os atos de concessão de refúgio.

Cesare Battisti – italiano participante do grupo de esquerda: Proletários Armados pelo Comunismo – após ser preso na Itália (consegue fugir em direção

²⁸ P. 21 do Informe nº 1 – Abril/2005 - “Política Externa e Direitos Humanos: O Brasil na Comissão de Direitos Humanos da ONU”, do Programa de acompanhamento de Política Externa em Direitos Humanos – PAPEDH

²⁹ Extradição (Ext.) nº 1085/2007 do STF.

³⁰ PINTO, Vinícius Anauê Rodrigues. **JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA (2008-2009) - NOVA FRONTEIRA DE AÇÃO DO STF**. 2009. 115 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Público, da Sociedade Brasileira de Direito Público – Sbdp, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/147_Monografia-Vinicius.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

³¹ SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle, **A judicialização da política externa brasileira a disputa na omc sobre os-pneus reformados e a arguição de descumprimento de preceito fundamental no STF**, Universidade de Brasília, 2010.

à França, posteriormente encontra abrigo no México, após todo esse percurso foge para o Brasil – onde começa a tumultuada história.

O italiano solicita a concessão de refúgio – para que não fosse extraditado para a República Italiana – porém lhe é negada. Então, Bastiti recorre à Tarso Genro – Ministro da Justiça na época – obtendo a concessão de refúgio. Aparentemente, Tarso enxergava a extradição como início de uma possível perseguição política por motivos ideológicos – pois Cesare sempre se declarou comunista, por vezes tendo sido ativista e participado de grupos considerados extremistas – identificando o refúgio como solução perante tal debate.

Após a negação da extradição e a concessão do refúgio ao italiano, a Itália se vê em profundo descontentamento e insatisfação, endereçando uma carta relatando o ocorrido ao então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Ainda, ainda, instaura procedimento diplomático, questionando a decisão na Suprema Corte e impetra Mandado de Segurança.

A partir desse momento, começariam as alegações da incompetência do Supremo Tribunal Federal e da inconstitucionalidade da concessão do refúgio. Intensificando a pressão italiana sobre o Judiciário brasileiro, o plenário do Supremo decide pela ilegalidade do ato de Tarso Genro – o qual havia concedido o refúgio.

Não obstante qualquer embate, o presidente Lula ainda anuncia que não concederia a extradição ao italiano em nota divulgada pelo MRE – Ministério das Relações Exteriores. Fazendo com que a questão se consolidasse discutível.

Nessa breve narrativa do caso Battisti – caso de grande repercussão e ainda mencionado em âmbito interno e externo – é nítida a força do Judiciário brasileiro, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, o qual teve envergadura para decidir uma questão que aborda objetos tão amplos, nos quais podem ser analisados aspectos quanto à temeridade de um poder para com outro, falando-se até em transgressão de princípios, como o norte-americano: checks and balances (freios e contrapesos).

Inserindo a corrupção em tal contexto, a mesma globalização que ampliou a força do judiciário – não entrando no mérito se poderia ser algo positivo ou não – expandiu a corrupção para locais onde se tornou incontrolável por um só Estado, daí a necessidade de ampliar a problemática transnacional da corrupção e destacá-la perante a comunidade internacional, inserindo-a na agenda externa brasileira e criando Convenções e Tratados, levando discussões antes incontestadas e principalmente incitando a cooperação jurídica internacional e a internacionalização dos meios probatórios e auxílios para resolução de controvérsias, também no âmbito penal.

Nesse contexto ainda, vemos o fortalecimento de instituições judiciárias – como por exemplo o Ministério Público e a Polícia Federal – as quais antes atuavam majoritariamente no contexto interno e, juntamente com a judicialização da política externa, ganham espaço atuando internacionalmente, promovendo justiça e resolvendo questões de aspectos internacionais.

Sobre a atividade da comunidade internacional em matéria de sonegações e questões tributária, John Christensen destaca a elaboração de uma nova agenda e faz o apelo:

A Conferência Internacional sobre o Financiamento do Desenvolvimento, realizada em Monterrey, em 2002, identificou a fuga de capitais e a sonegação fiscal como barreiras para alcançar a justiça fiscal. Em 2003, a assembléia geral da ONU chegou a um acordo para a criação do Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária. No segundo semestre de 2008, os Estados-membros das Nações Unidas se reunirão em Doha, Catar, para revisar os avanços no cumprimento do Consenso de Monterrey sobre a mobilização de recursos domésticos como principal meio de financiar o desenvolvimento. Precisamos utilizar a Cúpula de Doha como oportunidade para destacar o trabalho do comitê e pressionar a elaboração de uma nova agenda para aquele organismo, que dê primazia a políticas fiscais em favor das pessoas pobres e reforce a cooperação internacional em questões tributárias. Para quem busca soluções além da dependência da ajuda e do alívio da dívida, a reformulação da arquitetura financeira global para enfrentar a fuga de capitais e a sonegação fiscal é uma

prioridade importante. Essa é uma luta que afeta a todas as pessoas. Junte-se a nós.³²

6 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos explanados nessa obra, pode-se visualizar que, de modo recente, muitas discussões tem sido travadas a respeito do maior ativismo judicial, convidando a Academia a buscar informações que possam legitimar ou repreender essa ação – porém, não se pretende, nesse momento, avaliar e julgar o mérito desse questionamento. Ainda, cumpre ressaltar o protagonismo do poder judicial quanto à temática da política externa e a influência de suas decisões no âmbito internacional.

A Suprema Corte brasileira tem dado espaço a muitas decisões políticas, questões como: extradições, (des)criminalização de aborto, julgamentos de parlamentares – casos que repercutem na visão da sociedade quanto ao poder judicial – mas também, indubitavelmente, influem sobremaneira no modo como o país é visto e identificado por outros Estados-Nação. Não se deve olvidar que a questão da corrupção e da transnacionalização e transcendência do alcance dessa matéria tem sido discussão que também tem ganhado certo espaço – internamente e externamente – pois, nos últimos anos há a instauração da vontade de não se medir esforços para que haja erradicação desse problema.

Com a debilidade da atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo – por vezes omissos em relação a certos temas – o Judiciário passa a superar sua função de julgar, alcançando posição “decisionista” e instituidora de normas. Ademais, tem redirecionado aspectos políticos – por vezes trazendo um viés liberal e progressista a questões que aparentemente teriam sido ignoradas por outros poderes, exemplo disso pode ser o voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 290.341/RJ – o qual decide pela inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre – lembrando que ainda se trata de uma decisão isolada, não obstante ser o aborto ainda considerado crime, porém se trataria de um grande avanço

³² CHRISTENSEN, John, The looting continues: Tax havens and corruption, **Critical Perspectives on International Business**, 2011.

perante a atividade legislativa, muitas vezes incapaz de uma maior ação dependendo de matérias complexas e polemizadas.

Quanto à corrupção, não tivesse sendo o judiciário – através de cooperação jurídica internacional – seria laborioso se falar em pretenso combate à corrupção em âmbito internacional, pois, como não era algo a se preocupar até pouco, o Brasil teve de avançar rapidamente quanto aos seus métodos de solução de conflitos em âmbito externo, ainda, tendo exercido papel de agentes na política externa e logrando êxito na solução de casos de corrupção nos quais o Brasil se envolvia com diversas nações.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V; ALVAREZ, José E; ANGELL, Alan; *et al.* Towards juristocracy : the origins and consequences of the new constitutionalism. **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, 2004.

ANNAN, Kofi. 9th International Anti-Corruption Conference (IACC), 10-15 October, 1999, Durban, South Africa. p. 6, .

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica penal em matéria internacional: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?cluster=4556935212041610585&hl=pt-BR&as_sdt=0,5#1>.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/376199347/CAPPELLETTI-Mauro-Juizes-legisladores-pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CHRISTENSEN, John. The looting continues: Tax havens and corruption. **Critical Perspectives on International Business**, 2011.

FAVAREL-GARRIGUES, Gilles. La lutte anticorruption: de l' unanimité internationale aux priorités intérieures. **Droit et société**, 2009.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1999.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia; THOMAS, C A. **The power of judges : a comparative study of courts and democracy**. [s.l.: s.n.], 2002.

HAMILTON, Alexander; JAMES, Madson;; JAY, John. **O Federalista**. [s.l.: s.n.], 2003.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham L. Rev.**, 2006.

KLITGAARD, R. International cooperation against corruption. **Finance and Development**, 1998.

MORGENTHAU, Hans. Política entre as nações. **Politics Among Nations**, 2003.

SALOMÓN, Mónica; PINHEIRO, Letícia. **Análise de Política Externa e Política Externa Brasileira: trajetória, desafios e possibilidades de um campo de estudos Foreign Policy Analysis and Brazilian Foreign Policy: evolution, challenges and possibilities of an academic field**. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v56n1/03.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. On the concept of social value. **Quarterly Journal of Economics**, 1909.

SINGH, Shailendra. **Lutte anti-corruption**. [s.l.: s.n.], 2013.

SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle. **A judicializacao da política externa brasileira a disputa na omc sobre os-pneus reformados e a arguição de descumprimento de preceito fundamental no STF**. Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5913/1/2010_DanielleAleixoReisdoValleSouza.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? *In*: **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. [s.l.: s.n.], 1995.

TEIXEIRA, Ariosto. Judicialização da política no Brasil (1990-1996). 1997.

BREVE ANÁLISE SOBRE A CORRUPÇÃO

BRIEF ANALYSIS ON CORRUPTION

João Bosco Evangelista Neto

RESUMO

O combate à corrupção no Brasil, notadamente após a denominada operação “Lava-Jato”, tem estado no centro das atenções e discussões, tanto no meio jurídico quanto na mídia em geral. No presente trabalho, apresentam-se, no primeiro momento, de forma geral, algumas das definições dadas ao vocábulo “corrupção”, em sentido amplo e em sentido restrito e jurídico, ressaltando a sua polissemia. Em seguida, é delineado, de forma breve, qual o tratamento jurídico que o Direito Penal conferiu ao vocábulo. Após, passa-se a apontar a iniciativa legislativa de tratar a prevenção e punição da corrupção também em outros ramos do Direito que não somente o Direito Penal, mais especificamente com a denominada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), apontando algumas das críticas e benefícios de tal Lei.

Palavras-chaves: Corrupção, Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

The fight against corruption in Brazil, notably after the so-called "Lava-Jato" operation, has been at the center of attention and discussion, both in the legal environment and in the media in general. In the present work, some of the definitions given to the word "corruption", in a broad sense and in a narrow and juridical sense, are emphasized in the first moment, highlighting its polysemy. Next, it is briefly outlined which legal treatment the Criminal Law gave the word. Afterwards, it is pointed out the legislative initiative to treat the prevention and punishment of corruption in other branches of Law, not only Criminal Law, specifically with the so-called Anti-Corruption Law (Law no. 12.846 / 2013), pointing out some of the criticisms and benefits of such Law.

Keywords: Corruption, Anti-Corruption Law.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção em sentido amplo tem sido objeto de grande debate e preocupação na sociedade brasileira nos últimos anos, impulsionados pelos inúmeros escândalos noticiados de forma muitas vezes sensacionalista pela mídia brasileira, espetáculos midiáticos estes, todavia, que não diminuem a extensão e gravidade do problema, estampado nas inúmeras operações deflagradas pela Polícia Federal nos últimos anos.

Há de se esclarecer, inicialmente, que a corrupção é um fenômeno universal e que permeia todos os povos no tempo e no espaço, não sendo fenômeno exclusivo do Brasil atual, tal como pode sugerir ou deixa entender certos analistas ou “especialistas” mais apressados no assunto.

Há autores que, para fins didáticos e metafóricamente, equiparam a corrupção a uma doença, como, por exemplo, o câncer. Conforme salienta Emerson Garcia:

(...) a corrupção, tal qual o câncer, é um mal universal. Combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro órgão. Iniciado novo combate e mais uma vez sufocada, pouco se espera até que a metástase se implemente e mude a sede da afecção. Este ciclo, quase que inevitável na origem e lamentável nas consequências deletérias que produz no organismo social, é tão antigo quanto o homem. "O primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne".¹

Sociólogos e juristas e estudiosos das ciências humanas no geral conceituam a corrupção sob diversos ângulos, salientando invariavelmente a diversidade negativa de seus efeitos. A procura de conceitos suficientes tem ocupado, desde há muito, os debates sobre o tema. Conforme pontua Waldo Fazzio Júnior:

Certamente, as transações e operações que facilitam o avanço de particulares sobre os recursos públicos, por

¹ GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 323, 26 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5268>>. Acesso em: 21 set. 2018.

intermédio de contratações e decisões setorizadas marcadas pelos privilégios e pela falta de transparência, proporcionam aos agentes públicos envolvidos vantagens presentes ou futuras para si ou para terceiros.

Não se perca de vista a conexão da corrupção privada, interempresarial, com a corrupção do segmento público. Conforme as circunstâncias ou a natureza das relações negociais, interpolam-se posicionamentos diferentes e quem as companhias privadas ora são beneficiárias, ora são instrumentos da corrupção dos membros dos conselhos e diretorias das empresas estatais. Os escândalos financeiros envolvendo capitais públicos e as práticas ilegais intraempresariais confirmam essa assertiva. As parcerias entre o setor público e o setor privado, vistas como tendências positivas da futura administração pública, podem facilmente oportunizar ilhas de corrupção sistêmica.²

Em sentido geral, pode se dizer que a corrupção abrange os setores público e privado da sociedade, caracterizando-se pelo comportamento ilícito tendente à consecução de vantagens particulares. É o suborno e qualquer outro comportamento, em relação a pessoas a quem se confiam responsabilidades no setor público ou privado, que violam seus deveres como funcionários públicos, empregados privados, agentes independentes ou outra relação desse tipo, pela obtenção de vantagens impróprias de qualquer espécie para elas ou para outrem.

Pode-se dizer que a corrupção não se confina à esfera da moral, mas traduz principalmente um fenômeno político que agride profundamente os fundamentos do contrato social e da liberdade civil. A ineficácia da lei e as possibilidades de ascensão socioeconômica por debaixo da lei, graças às práticas corruptas, atentam contra princípios básicos da democracia, como a igualdade e a justiça.

Nos últimos anos, diversos esforços tem sido empreendidos pelo Estado com a finalidade de prevenir e punir atos de corrupção. Nessa linha, segundo pontua Emerson Garcia:

² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

Ao menos sob o aspecto formal, inúmeras medidas preventivas de combate à corrupção já foram adotadas no Brasil: a) múltiplas unidades da Federação estatuíram códigos de conduta para os seus servidores; b) a omissão do superior hierárquico na informação dos ilícitos praticados por seus subordinados pode configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92 e o crime de condescendência criminosa, tipificado no art. 325 do Código Penal; c) o fornecimento anual da declaração de rendas já é contemplado no art. 13 da Lei nº 8.429/92 e na Lei nº 8.730/93; d) os agentes públicos, ressalvadas algumas poucas exceções, são recrutados por meio de concurso público; e) as contratações de bens e serviços são precedidas de licitação, o que assegura a sua publicidade e equidade; f) a gestão das receitas do Estado, além de serem objeto de fiscalização pelas Cortes de Contas, devem render obediência aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal; g) as pessoas físicas e jurídicas que se envolvam na prática de atos de corrupção, consoante o art. 12 da Lei nº 8.429/92, podem ser proibidas de contratar com o Poder Público; h) a lei contempla um programa de proteção às testemunhas; i) a todos é assegurado o direito de representação; etc. Resta, no entanto, a necessidade de que tais medidas venham a ser transpostas do plano normativo para o fático, o que ainda não ocorreu em sua inteireza.³

Nesse aspecto, verifica-se nos últimos anos, que o Direito Penal, se não deixou de ser o principal instrumento de controle à corrupção, ao menos perdeu boa parcela de seu protagonismo, uma vez que a sociedade e o legislador perceberam que os instrumentos dessa área do Direito não eram suficientes, com a preponderância com que eram invocados, para inibir, punir e prevenir atos de corrupção de forma satisfatória.

Esforços legislativos surgiram principalmente nos campos do Direito Administrativo e Empresarial, se destacando, nesse aspecto, a Lei nº 12.846/2013, denominada Lei anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, trazendo instrumentos jurídicos valiosos para a prevenção e combate à corrupção, como o acordos de leniência, não obstante as relevantes críticas e ressalvas de alguns juristas e doutrinadores a alguns aspectos desta Lei, como será tratado adiante.

³ GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 323, 26 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5268>>. Acesso em: 21 set. 2018.

2 CONCEITO E ALCANCE

Etimologicamente, o vocábulo corrupção se origina do latim *rumpere*, significando romper, dividir, desembocando no vocábulo *corruptere*, que significa deterioração, depravação.

Conforme pontua Plínio Paulo Bing:

Corrupção com o significado apropriado do inglês *corruption* é de sentido mais amplo, versa sobre a vida pública, o uso do poder público para proveito particular, promoção, benefício de grupos ou classes, com violações da lei e/ou de padrões de conduta moral. É sempre uma violação de um dever público em troca de ganho pecuniário, poder e/ou prestígio. A vantagem, seja de agente político e/ou de funcionário público, como receptor de suborno, ocorre sempre com a intenção de adulterar registros públicos, causar desfalques de dinheiro, e/ou alienar bens públicos e/ou recursos naturais (licenças ilegítimas de desmatamentos, etc.). Incluem-se nesse conceito favoritismos na elaboração de contratos, assim como concessões de benefícios fiscais que ofendam os padrões públicos da boa conduta, o protecionismo, as condutas imorais ou depravadas (prostituição) e concessão de informações privilegiadas do Poder Público, entre outros ilícitos.⁴

Como se percebe, conceituar corrupção é tarefa muito difícil, uma vez que se trata de termo polissêmico, comportando diversos significados e um extenso rol de consequências. No entanto, um consenso existente é que se trata de algo negativo e nunca positivo.

Outra certeza ou consenso que se tem é a maior incidência da corrupção nos países mais pobres, com Democracias jovens historicamente, onde com maior frequência o Estado e seus agentes se entrosam com o crime organizado.

Nos países mais ricos ou de sistema republicano mais antigo, por outro lado, o Estado, no geral, independe do sustento de qualquer ramo da delinquência e a apuração e rigor contra a corrupção são mais intensos.

Segundo Raphael Madeira Abad:

⁴ BING, Plínio Paulo. *Corrupção: Disfunções de Governo. Repensar o Estado de ontem, hoje e sempre*. 1. ed. Porto Alegre, RS: Age, 2016, p. 16.

Se há um consenso em matéria de definição de conceito de corrupção, este reside na consonância de que é uma tarefa praticamente impossível, e isto decorre do fato de que se trata de um fenômeno humano extremamente multifacetado no qual as diferentes características de cada espécie praticamente impedem o seu estudo em um só gênero, acarretando a necessidade de categorização.

Talvez o único ponto em comum entre as diversas formas de corrupção resida exatamente no fato de que todas elas advêm da raiz linguística “*rumpere*” que por sua vez significa ruptura e está presente em outras palavras como “romper”, “roto”, rupestre e “interromper” apenas como exemplo. O prefixo *con-* aponta uma ideia de participação conjunta com vistas à obtenção de um determinado resultado.⁵

Quanto ao alcance e consequências da corrupção, sabe-se que no Brasil, desde os tempos de Brasil-colônia, forjou-se um sistema em que prevalece a troca de favores e conchavos palacianos que, desafortunadamente, perpetua até os dias de hoje, embora com nova roupagem, com muitas nomeações políticas a cargos importantes advindo de troca de favores, facilitando e subjugando o Estado a interesses privados escusos que não o interesse público.

Nesse diapasão, uma das consequências mais danosas à sociedade, dentre às várias altamente lesivas, é que a corrupção dificulta a distribuição de renda e dificulta a ascensão das classes mais pobres da sociedade, ao mesmo tempo que aumenta os privilégios e riqueza dos mais abastados, uma vez que os recursos, ao invés de aplicados corretamente em políticas públicas como, por exemplo, nas áreas de educação e saúde e melhores serviços para a população, acabam sendo desviados para o bolso, ou “*cuecas*” dos políticos e empresários que se entranham ilícita e criminalmente na *res publica*, voltando o Estado e os recursos de que ele dispõe aos seus interesses particulares.

Com efeito, destacando esse ponto, tem-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Uma das maiores contradições do Direito, atualmente, é o falso entendimento de que o crime violento massacra a classe pobre enquanto o delito não violento (como a

⁵ ABAD, Raphael Madeira. Corrupção como fenômeno supralegal/coordenação de Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Curitiba: Juruá, 2017, p. 119.

corrupção) afeta os ricos. Então, entra a demagogia estatal: aumentam-se as penas dos delitos violentos; mantém-se as penas (ou até se diminuem) dos crimes não violentos, em que se encaixa a corrupção. A grande sacrificada pelo volume da corrupção gerada no Brasil é a camada mais pobre. Afinal, o desvio de dinheiro público afeta justamente a infraestrutura indispensável a quem não possui recursos financeiros, tais como alimentação, ensino, saúde, lazer, moradia etc.⁶

Delineados em breves linhas alguns dos sentidos, e principalmente, a dificuldade advinda da polissemia do vocábulo “corrupção”, passa-se, no capítulo seguinte, a um esboço do tratamento jurídico conferido pelo Código Penal ao fenômeno da corrupção.

3 CORRUPÇÃO NO CÓDIGO PENAL

Inicialmente, importante ressaltar que a opinião pública não está presa à taxonomia jurídica e, desta forma, não distingue entre as diversas condutas reveladoras de ilícito contra a regularidade da atividade estatal. A opinião pública, a imprensa e a sociedade em geral aplicam o conceito de corrupção com sentido muito mais amplo do que os lindes estreitos da corrupção passiva e ativo, delitos dispostos, respectivamente, nos art. 317 e 333, do Código Penal.

Conforme pontua Waldo Fazzio Júnior:

Por exemplo, não considera as diferenças técnico-jurídicas entre um crime de peculato, um crime de corrupção passiva e um ato de improbidade administrativa. Não diferencia as diversas espécies de responsabilidade que incidem sobre a conduta do agente público. Para a sociedade, vista em conjunto, o que existe, em tais hipóteses, é corrupção pública ou administrativa. Afastada do rigor técnico, as pessoas, involuntariamente, terminam por generalizar, concentrando num termo uma infinita gama de práticas indevidas que afetam, econômica e psicologicamente, seu cotidiano.⁷

Isso posto, há um consenso todavia, de que o tratamento conferido pelo Código Penal à corrupção em sentido amplo está disperso entre alguns delitos. De modo geral, pode-se dizer que se trata de corrupção *lato sensu* todos os

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11.

⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 38.

crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral (Capítulo I do Título XI do Código Penal) e alguns dos praticados pelo particular contra a Administração em geral (Capítulo II do Título XI do Código Penal). Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci:

Nem sempre a corrupção emerge exatamente com a forma prevista nos tipos penais dos arts. 317 e 333 do Código Penal. Há modelos disfarçados de corrupção, que ganham outros tipos incriminadores e novos títulos. Exemplo disso é o *tráfico de influência*, constante do art. 322 do Código Penal, que será visto em tópico próprio.

Não se pode olvidar, também, dos crimes de *concussão* e *excesso de exação*, previstos no art. 316, *caput*, do Código Penal, igualmente analisados noutro item.

Tanto no tráfico de influência como nos delitos de concussão e excesso de exação há evidente desmoralização da Administração Pública, resultado da conduta corrompida ou desvirtuada de seu funcionário ou do particular em face do Estado.

São apenas exemplos de formas de corrupção mascaradas com títulos jurídicos diversos no Código Penal.

Envoltos sob outros títulos, encontra-se artigos do Código Penal, e também em legislação especial, vários delitos atrelados, indiretamente, à corrupção, tais como as fraudes contra a Administração Pública, durante licitações e celebração de contratos públicos.⁸

Nesse sentido, pela extensão do presente artigo, cabe aqui apontar os delitos de corrupção propriamente ditos, quais sejam, os delitos de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), que dispõem:

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Corrupção e anticorrupção. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.

de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Verifica-se que o legislador brasileiro optou por separar a corrupção ativa da passiva com a finalidade de evitar a bilateralidade do delito, de modo que, por estarem previstos em tipos penais independente e autônomos, a comprovação de um deles não pressupõe e independe da comprovação do outro.

Outro motivo apontado é que a corrupção ativa insere-se dentre os delitos cometidos pelo particular contra a Administração Pública, ao passo que o crime de corrupção passiva está entre aqueles cometidos pelo funcionário público. Outro razão é de se prever penas diferenciadas para o corruptor e para o corrompido.

Não obstante o esforço da legislação penal, revelou-se, ao longo dos anos, que ela não tem sido suficiente para prevenir de forma eficaz os atos de corrupção, razão pela qual o legislador vem tentado inibir atos de corrupção por meio de iniciativas legislativas em outras áreas do Direito, de forma autônoma, independente e eventualmente complementar ao Direito Penal. Nessa seara, tem-se, por exemplo, a denominada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

4 LEI ANTICORRUPÇÃO (BREVES APONTAMENTOS)

No bojo das iniciativas extrapenais, insere-se a denominada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), tendo como objeto dispor “(...) sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (...)”.

Trata-se de um marco relevante na implementação de uma cultura em torno da ética e governança corporativa, reforçando, por exemplo, a percepção de que a figura do corruptor deve ser tão repudiada quanto a do corrupto, em especial quando o corruptor é uma empresa.

Enquanto as empresas transitavam de forma quase intocável a cada nova operação e investigação criminal, o corrupto estava sujeito às sanções penais dos crimes de corrupção passiva e ativa. Com efeito, o regime de responsabilização administrativa de empresas revelou que o combate à corrupção poderia ter uma feição diversa daquela imprimida pelo Direito Penal.

Merece destaque, nessa conjugação de perspectivas criminal e administrativa, a interseção entre acordos de leniência e de colaboração premiada, verificando-se que muitos acordos de leniência originaram-se de acordos de colaboração premiada.

Em outras palavras, após o desenrolar de investigações penais e acordos de colaboração premiada com um dos indivíduos, réu ou investigado, o Ministério Público Federal ou Controladoria Geral da União, por exemplo, celebram acordo de leniência com a pessoa jurídica com a qual aquele indivíduo tem relação.

Todavia, alguns doutrinadores, aplicadores e estudiosos das ciências jurídicas vem apontado que a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/20013) contém alguns equívocos e inconstitucionalidades.

Nesse sentido, em aguda crítica, Guilherme de Souza Nucci destaca que referido diploma legislativo:

(...) é um engodo, sob vários prismas, contendo diversas extravagâncias; noutros termos, parece que foi constituída *para não funcionar*. Uma sólida parcela da doutrina brasileira aponta ter o Estado atirado a responsabilidade pelo controle da corrupção nos braços da pessoa jurídica de direito privado, primando pelo excesso no tocante às penalidades e abusando dos institutos incompatíveis com o

cenário da corrupção, como a responsabilidade objetiva, mascarando a aplicação do Direito Penal à pessoa jurídica.⁹

Defende o mesmo autor que:

(...) mesmo adotando todas as formas de controle possíveis no mundo moderno, a pessoa jurídica não pode controlar, como um Deus Onipotente, todos os seus empregados e pessoas a ela relacionadas. Desse modo, pode sofrer uma punição injusta, sem a menor dúvida. Uma punição menor, pois deverá colaborar com o Estado para sofrer tal penalidade, porém não escapa da sanção. Se isso não é injustiça, já não sabemos o que possa ser. E mais. Não cabe à empresa privada exercer o papel policial de verificar, diuturnamente, qual ou quais funcionários *podem* ser corruptos. O Estado simplesmente empurra a sua obrigação de controlar a corrupção para as pessoas jurídicas de direito privado, assumindo o papel (facílimo) de fiscalizador da conduta alheia e distribuidor da punição.¹⁰

Em que pese as pertinentes críticas, verifica-se que a denominada Lei Anticorrupção, inserida no ramo do nominado Direito Administrativo Sancionador (uma família do Direito Público) tem como uma das suas principais vantagens, senão a principal, a celeridade na recuperação de valores e maior efetividade na prevenção e reparação de atos lesivos e prejudiciais à Administração Pública, uma vez que através de acordos de leniência, evita-se o demorado, trabalhoso e, às vezes, pouco produtivo trabalho de investigação e persecução penal, trazendo retorno imediato ao Estado e à sociedade.

No entanto - nesse argumento, os críticos parecem ter razão -, vislumbra-se que esse novo ramo do Direito Público (Direito Sancionador), no qual a Lei anticorrupção se insere, traz cópia disfarçada de crimes, transformando-os em atos lesivos sujeitos ao direito administrativo sancionador, parecendo um simples disfarce não tão garantista e menos complexo que o Direito Penal, com a finalidade de se responsabilizar as pessoas jurídicas.

5 CONCLUSÃO

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Corrupção e anticorrupção. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 12.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Corrupção e anticorrupção. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 106.

Podemos dizer que ainda estamos “engatinhando” no combate à corrupção no Brasil, sem contudo se poder negar que um bom caminho está sendo percorrido. O aparelhamento dos órgãos de controle e fiscalização brasileiros (Controladoria Geral da União, por exemplo), com o fortalecimento das polícias judiciárias em material humano e tecnológico (Polícia Civil e Polícia Federal), o crescimento e autonomia do Ministério Público e a atuação firme do poder Judiciário, aliado à contribuição das empresas com a adoção de instrumentos jurídicos de controle e responsabilização interna podem, mesmo que ainda a médio ou longo prazo, diminuir e prevenir condutas corruptas, incutir na mente dos cidadãos, empresários e agentes públicos que o “crime não compensa”, podendo verdadeiramente mudar a nossa apontada e talvez verdadeira cultura do “jeitinho brasileiro” e da impunidade.

Nesse aspecto, não há dúvidas de que a impunidade é um fator de estímulo a criminalidade. Se o Estado quiser, verdadeiramente, combater a corrupção, deve dispor de todas as ferramentas e dar primeiramente o exemplo, cortar de seus quadros os funcionários e agentes públicos corruptos, passado para a sociedade o recado de que a lei é para todos, recado este que inegavelmente, tem sido transmitido nos últimos anos no Brasil, com agentes e ex-agentes públicos das mais altas esferas dos poderes sendo investigados, condenados e presos, apesar de ainda faltar um longo caminho a ser trilhado.

Conforme bem pontua Guilherme de Souza Nucci:

(...) a luta contra a corrupção é longa e há de ser destemida, encampada pelo Estado e pela sociedade, cultivando a ética, como matéria e princípio, tanto nas escolas, quanto nas faculdades e outros ambientes de aprendizado e cultura. *Fazer o certo* não significa simplesmente *cumprir a lei* – mas também *cumpri-la*. Agir *com correção*, perante os valores maiores da sociedade, significa *atuar com ética*. Lembra Osmar Alves de Melo que “a ética está mesmo sendo assassinada por quase toda parte. Mas há esperança de que um dia ela ressuscitará das cinzas com a Fênix. Oportuno lembrar o episódio em que o carro oficial do Presidente da França, General Charles De Gaule, um herói nacional, foi parado e multado por infração de trânsito. No dia seguinte, o guarda cumpridor de seu dever recebeu um cartão de cumprimentos do General De Gaule. E quem não se lembra do rei da Suécia, em visita ao Brasil, saindo do

Aeroporto de Salvador levando sua própria mala!". Para a reflexão do leitor, alguém imagina que esses dois fatos ocorreriam no Brasil ou com autoridades brasileiras? Se a sua resposta é *já*, significa que estamos muito distantes do padrão ético adequado para o combate à corrupção.¹¹

Concordamos com o autor acima citado, estamos distantes do padrão ético adequado, mas estamos inegavelmente avançando nos últimos anos. Se conseguiremos *chegar lá* ou se incorreremos em retrocessos, só uma avaliação futura poderá dizer.

REFERÊNCIAS

ABAD, Raphael Madeira. **Corrupção como fenômeno supralegal**/coordenação de Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Curitiba: Juruá, 2017.

BING, Plínio Paulo. **Corrupção: Disfunções de Governo. Repensar o Estado de ontem, hoje e sempre**. 1. ed. Porto Alegre, RS: Age, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação**. São Paulo: Atlas, 2002

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 323, 26 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5268>>. Acesso em: 21 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 14.

A CORRUPÇÃO ELEITORAL E O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS E A COMPRA DE VOTOS

ELECTORAL CORRUPTION AND THE FINANCING OF ELECTORAL CAMPAIGNS AND THE PURCHASE OF VOTE

João Felipe de Oliveira Brito Blom¹

RESUMO

A corrupção, em sua acepção utilizada, qualifica-se por uma inversão de valores éticos, através da qual agentes públicos e privados extrapolam o interesse comum em benefício próprio. Essa prática, presente em todos os estamentos e segmentos da sociedade, encontra terreno fértil no período eleitoral, precipuamente na campanha eleitoral – como vive o Brasil neste momento, e no seu financiamento independente do partido político e de seu espectro ideológico. Em uma nação que se pretende republicana, a concepção de meios e oportunidades para combatê-la é tarefa irrenunciável. No presente artigo, será abordado, inicialmente, a questão da prática social da corrupção e o ato de corrupção em si, bem como a corrupção no seio da política para, em seguida, abordar especificamente a corrupção eleitoral, sobretudo no financiamento das campanhas eleitorais e na compra de votos, concluindo pela necessidade da fiscalização das Eleições e do controle dos representantes eleitos para, à guisa de conclusão, buscar alguma contribuição para o tema.

Palavras-Chave: Corrupção. Corrupção Eleitoral. Campanha Eleitoral e Fiscalização

ABSTRACT

Corruption, as it is used, is characterized by a reversal of ethical values, through which public and private agents go beyond the common interest to their own benefit. This practice, present in all segments of society, finds fertile ground during the electoral period, precipitously in the electoral campaign - as Brazil is now, and in its financing independent of the political party and its

¹ Bacharel em Direito pelo UNICEUB. Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo UNICEUB. E-mail: jfelipeblom@gmail.com

ideological spectrum. In a republican nation, the conception of means and opportunities to combat it is an indispensable task. In this article, the issue of the social practice of corruption and the act of corruption itself, as well as corruption within politics, will be tackled in the first place, and then specifically to address electoral corruption, especially in the financing of electoral campaigns and in the purchase of votes, concluding on the need for the oversight of the Elections and the control of the elected representatives in order to, as a conclusion, seek some contribution to the theme.

Keywords: Corruption. Electoral Corruption. Electoral Campaign and Surveillance

1 INTRODUÇÃO

Os efeitos nocivos da corrupção se fazem sentir em todos segmentos sociais, não obstante uma maior consciência a seu respeito, e sua condição endêmica, seja característica de uma minoria da parcela da população que dispõe de acesso aos meios de informação e possui formação educacional suficiente para o desenvolvimento de uma consciência crítica a respeito do tema da corrupção e sua manifestação. Com efeito, os prejuízos causados à sociedade são incalculáveis, especialmente porque as políticas públicas, em todas as suas formas, são atingidas pelos desvios resultantes da corrupção, a qual possui variações das mais diversas, desde o recebimento de vantagens indevidas por agentes públicos até o desvio de verbas que deveriam ser destinadas à manutenção de serviços públicos essenciais.

Portanto, todos são atingidos onde a corrupção viceja. Sofrem tanto as parcelas mais desguarnecidas como as mais ricas da população, diante da ausência de recursos para investimentos em serviços que lhes são caros, como a construção e manutenção de hospitais, postos de saúde, escolas, creches, infraestrutura de transportes e de segurança pública. No período eleitoral – em que atualmente a sociedade brasileira encontra-se envolvida – emerge o fenômeno da corrupção a atingir, preferentemente, o *espectro financeiro das campanhas*, um dos campos de extrema permeabilidade e, ao que tudo indica, de difícil imunização no tocante aos elementos poluentes que deterioram o momento de exteriorização das preferências eleitorais, maculando os respectivos resultados – não obstante a proibição do financiamento

empresarial de campanhas pelo Supremo Tribunal Federal em 2015². Por outro lado, outro fenômeno comum no Brasil é a *compra de votos* assim como em quase todos os países em desenvolvimento.

Assim, esse artigo busca lançar luz no fenômeno da corrupção em sua vertente eleitoral – abordando a questão financiamento eleitoral e o fenômeno da compra dos votos, objetivando contribuir com o tema.

2 CORRUPÇÃO E CORRUPÇÃO POLÍTICA

O fenômeno da corrupção é registrado desde a antiguidade, não sendo, portanto, um fenômeno do passado, nem localizado, surgindo em todos os tempos e todas as culturas³. Sempre fora vista como um mal gravíssimo que solapa os alicerces do Estado ameaçando a sociedade. Assemelha-se a podridão de um fruto, como denuncia sua própria origem etimológica, visto que *corruptio*, em latim, é a explosão do âmago de um fruto, em razão de sua podridão interna.

A palavra corrupção possui a mesma acepção de suas correlativas em francês, italiano e espanhol, bem como em inglês. Normalmente a corrupção é associada a um ato ilegal no qual dois agentes – um corrupto e outro corruptor – travam uma relação fora da lei, envolvendo propinas. O senso comum identifica a corrupção como um fenômeno associado ao poder, aos políticos e as elites econômicas. No entanto, é igualmente comum entre servidores públicos (como policiais e fiscais, por exemplo) que usam seu “pequeno poder” para extorquir renda daqueles que teoricamente corromperam a lei⁴. Mesmo havendo muitos sentidos para a palavra corrupção, pode-se chegar em um denominador comum: ela envolve a interação entre pelo menos dois indivíduos ou grupos de indivíduos que corrompem ou são corrompidos, e essa relação

² CAGGIANO, Monica Herman S. In ZIVELTI, Fernando Aurélio, LOPES, Sílvia (orgs.), *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

³ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. In ZIVELTI, Fernando Aurélio, LOPES, Sílvia (orgs.), *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004

⁴ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. *A Economia Política da Corrupção no Brasil*. São Paulo. Editora Senac, 2001

implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico *strictu sensu*.

A modernização do Estado e a simultânea constituição da ideia do que é público nos leva a apontar a corrupção como várias ações capazes de atingir o interesse público (que não deve ser confundido com o interesse da maioria), em favor de interesses particulares e privados. Por isso, a corrupção vai além da apropriação privada do dinheiro público; ela é o desvio de qualquer patrimônio público, seja ele material ou imaterial⁵.

Desde a colônia existem no Brasil práticas que ferem o interesse público, podendo elas ser formal e legitimamente institucionalizadas em determinados regimes, como o colonial e o autoritário da ditadura militar, tornando tais regimes corruptos por natureza, ou não. Apenas nas repúblicas e nas democracias, portanto, a corrupção se coloca como problema – ela é a morte da coisa pública, ao tempo em que esses regimes, republicanos e democratas, prometem sustentar o que é público.

Com qualquer fenômeno, humano ou natural, a corrupção pode comportar uma miríade de definições, estas, por seu turno, implicam uma série de visões sobre o comportamento individual e de grupo. No Brasil, fatores institucionais como o *centralismo estatal*, típico das sociedades latino-americanas e do sudoeste asiático, por exemplo, e o *excesso de regulamentação* criam campo fértil para o aparecimento da corrupção e da propina⁶. De igual modo, a implementação de negócios, como a criação de empresas, por vezes encontra óbice na estrutura da clientela montada na máquina estatal, o que abre espaço para a atuação de caçadores de renda que agem como despachantes privados dentro da administração pública⁷. A existência de assimetrias de informação (falta de informação para alguns segmentos sociais) e de custos de transação elevados (custos para iniciar uma operação), devido a

⁵ ARANTES, Rogério B. Polícia Federal e construção institucional. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 99-132

⁶ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. *A Economia Política da Corrupção no Brasil*. São Paulo. Editora Senac, 2001.

⁷ SILVA, Idem.

um desenho institucional ineficiente, também abre espaço para os atos de corrupção.

O estudo da corrupção é relevante tanto em países onde ela é um fenômeno endêmico (como no Brasil) como em países em que a corrupção é considerada um fenômeno relativamente marginal. As modernas abordagens de econômica política da corrupção demonstram que ela pode ser cara ao desenvolvimento, gerando também injustiças e transferência de renda indesejáveis dentro da sociedade. No Brasil, além dessa consequência é sua instabilidade política que colocam em xeque as instituições básicas, desde a presidência até o Congresso.

Assim, precipuamente no caso da corrupção política, e em consonância com o conceito acima, a corrupção é todo o ato que envolve uma *retribuição material* – essencialmente em pecúnia – o instrumento ou móvel da conduta indevida.⁸ Assim, há corrupção, seja quando se usa desse recurso para obtenção do poder, seja quando se utiliza do poder para lograr proveito financeiro. Em um caso, o dinheiro é meio ilícito para fim lícito, no segundo, é o objetivo ilícito da conduta. Há, igualmente, outro padrão mais rigoroso como meio de aferição da corrupção política. Segundo esse parâmetro, há corrupção toda vez que o instrumento ou o móvel é uma vantagem indevida – mesmo que não há dinheiro envolvido. No entanto, como toda ação tem como móvel uma “vantagem”, seja para o político, seja para o eleitor, seja para um grupo social, não é simples separar o que é indevido⁹.

A corrupção no exercício do poder, muitas vezes ocorre quando um ato do governante decorre de um “estímulo”, um “presente” que recebe, ainda mais se esse “presente” é uma contrapartida exigida. Igualmente pode se caracterizar corrupção política quando o uso do poder pelo governante se desvia do interesse geral para atender a interesses de grupos ou mesmos a interesses pessoais. Ou seja, quando o ato do governante busca favorecer um segmento da

⁸ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. In ZIVELTI, Fernando Aurélio, LOPES, Sílvia (orgs.), *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004

⁹ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. In ZIVELTI, Fernando Aurélio, LOPES, Sílvia (orgs.), *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004

sociedade, eventualmente atendendo a suas reivindicações em detrimento de um atendimento coletivo.

Portanto, evidente que o fenômeno da corrupção através de sua conceituação ampla encontra sua faceta mais deletéria para toda a sociedade quando envolve a corrupção na política, sendo o processo da escolha política em uma democracia constitucional como o Brasil, ou seja, o processo eleitoral, também passível de ser maculado pela corrupção como será melhor definido abaixo.

3 CORRUPÇÃO ELEITORAL

A importância do processo eleitoral para as democracias é evidente. Ninguém ignora o fato de que as eleições são convocadas toda vez que um regime democrático se instala em determinado Estado, visto que, no mundo atual, é irrealizável e utópica a ideia do *demos* governante – um povo, reunido em praça pública, adotando as decisões políticas de per si¹⁰.

Assim, nesse cenário, impõe-se, ao menos, que esse mesmo *demos* possa, livremente e contando com elevado grau de assepsia, escolher os homens que, em seu nome, estarão legitimados a debater e deliberar sobre as questões de interesse público. Portanto, assume o período eleitoral a exteriorização de um dos mais preciosos e peculiares momentos da democracia, com estreita vinculação com a exigência de *free and fair elections*¹¹, elemento de maior densidade dentre os caracteres de definição do modelo democrático, com espeque em bases preordenadas ao atendimento da exigência de eleições livres e amplamente competitivas para a seleção dos representantes e dos dirigentes de postos executivos.

¹⁰ CAGGIANO, Monica Herman S. In ZIVELTI, Fernando Aurélio, LOPES, Sílvia (orgs.), *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p. 125

¹¹ PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 76

Nesse sentido, com a conquista dos princípios da soberania popular e do sufrágio universal, o processo eleitoral ganhou uma magnitude considerável na evolução política. Afinal, seria esta dinâmica que definiria a distribuição do poder político em regimes representativos, substituindo princípios como a hereditariedade ou a usurpação do poder¹². Mas, via de regra, as noções da liberdade de escolha, da competição eleitoral e da administração isenta, associadas à noção de eleições, ainda encontram-se longe de descrever o contexto social e político no qual os processos eleitorais se realizam.

Portanto, é exatamente nesse ambiente que, do campo da patologia eleitoral e partidária, emerge o fenômeno da corrupção atingindo, entre outras formas, a *questão financeira das campanhas e da compra dos votos*, sendo um campo de extrema permeabilidade e, também, de difícil imunização quanto aos elementos nocivos que deterioram o processo eleitoral, interferindo, diretamente, nos resultados finais.

O dinheiro como fator de corrupção na seara das campanhas eleitorais seria mero simbolismo na lição da Professora Monica Herman S. Caggiano. Nesse sentido, a luta que é travada significa pura disputa de poder ou busca de prestígio. Assim, o dinheiro representaria algo instrumental, como forma de se alcançar o poder, o prestígio ou outros objetivos perseguidos¹³.

No Brasil, tal como em muitos outros países, o aperfeiçoamento do processo eleitoral, no sentido do combate, diminuição e supressão da ocorrência de fraudes e corrupção em seu seio, ocorreu de forma gradual e não-linear, exurgindo, na legislação eleitoral, diversos mecanismos objetivando traduzir, com maior perfeição, a vontade e as escolhas da cidadania política¹⁴. Igualmente foram várias as leis implementadas com o fito do elevar o

¹² SPECK, Bruno Wilhem. *A compra de votos – uma aproximação empírica*. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/op/v9n1/16155.pdf> > acesso em 25 de setembro de 2018.

¹³ CAGGIANO, Monica Herman S. In ZIVELTI, Fernando Aurélio, LOPES, Sílvia (orgs.), *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p. 125

¹⁴ BOHN, Simone Rodrigues da Silva; FLEISCHER, David e WHITACKER, Francisco. In SPECK, Bruno Wilhem (org.), *Caminhos da Transparência*. Campinas: Editora da Unicamp. 2002, p. 335

incremento do controle da confiabilidade do procedimento eleitoral, sendo paralelos ao processo de aumento da cidadania e interesse político da população.

Igualmente, no campo da jurisdição constitucional, uma das grandes modificações recentes (setembro de 2015) foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em resposta à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.650, que decidiu pela inconstitucionalidade das doações empresariais a partidos e candidatos no Brasil. A decisão se estende ao período eleitoral e aos anos não eleitorais. O referido julgamento pôs fim a pouco mais de vinte anos de financiamento privado a partidos e campanhas no Brasil e reinstaurou a proibição que vigia durante o regime militar e os primeiros anos após a redemocratização (1965-1993).

No entanto, mesmo com os avanços legais e jurisprudenciais, a corrupção eleitoral na seara do financiamento das campanhas eleitorais e na compra de votos ainda constitui um entrave na lisura do processo eleitoral.

4 FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS E COMPRA DE VOTOS

O processo de escolha dos representantes do povo em uma democracia é, como já explando alhures, materializado por meio da eleição, por meio da qual os candidatos ao exercício da representação popular, seja no Executivo, seja no Legislativo, pleiteiam, junto aos cidadãos, o voto, com o objetivo de serem escolhidos para comandar o processo de escolha e tomada das decisões do país. As eleições, contudo, não representam o único momento de formação e realização do regime democrático representativo, uma vez que, para a viabilização do acesso aos postos eletivos por parte dos candidatos, optou-se pela existência do sistema político partidário organizado, sendo os partidos políticos agremiações essenciais ao exercício da democracia representativa,

conforme a opção do constituinte originário¹⁵, os quais necessitam realizar atividades cotidianas e ordinárias junto aos eleitores/população.

Nesse sentido, a escolha dos candidatos e a operação das estruturas dos partidos políticos possuem seus custos, sendo, evidentemente, necessário que haja meios para financiá-los. O dinheiro, hoje, é meio necessário para a participação organizada na política, tendo em vista os custos desta. Conforme ensina Fernando Nasser, “(a) elaboração de mensagens políticas e sua divulgação; o processo de convencimento lícito e legítimo dos eleitores; a manutenção das estruturas partidárias que dão substrato e permitem a disputa política; são todas atividades custosas que exigem ser financiadas por alguém”¹⁶.

Para financiar estes gastos, tanto aqueles eleitorais pro si mesmo, quanto os decorrentes da manutenção da estrutura dos próprios partidos políticos, há, basicamente, três modelos de financiamento. *O financiamento privado*, pelo qual as campanhas e os partidos são financiados por recursos exclusivamente de particulares. Há também o *financiamento público*, no qual os recursos de fundos públicos são transferidos aos partidos políticos. A transferência pode ser direta, quando há o aporte de dinheiro, ou indireta, quando são cedidas algumas vantagens, a exemplo do transporte, material gráfico, publicações, campanhas de promoção de votos, isenção de impostos para os bens dos partidos e uso dos meios de comunicação. Por fim, existe o financiamento misto, no qual há a combinação dos modelos anteriormente expostos¹⁷, sendo o modelo adotado pelo Brasil.

¹⁵ Os partidos políticos são elementos essenciais da democracia, sendo, inclusive, condição de elegibilidade dos candidatos, nos termos do artigo 14, §3º, V da Constituição Federal.

¹⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. Financiamento eleitoral e corrupção: limite do atual modelo de controle. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Coord.). *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Universidad de Salamanca, In: LUZ, Ilana Martins. Uma análise de financiamento de campanhas e corrupção. Disponível em < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4061/2783>>

¹⁷ LUZ, Ilana Martins. Uma análise de financiamento de campanhas e corrupção. Disponível em < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4061/2783>> Acesso em 15 de setembro de 2018

Ambos os modelos, seja o público ou o privado, tem méritos e problemas que devem ser destacados, precipuamente no que tange à problemática da corrupção.

O financiamento privado, aquele custeado por doações dos particulares, que podem ser pessoas físicas, jurídicas ou ambas, detém o mérito de favorecer a liberdade de expressão e de manifestação da vontade política¹⁸, bem como de obstar que os partidos políticos submetam-se ao governo. No entanto, trata-se de uma forma de financiamento no qual as disformidades do capital na escolha e o processo de corrupção podem ser mais presentes e alarmantes, visto que o exagero nas doações pode desequilibrar as políticas públicas e condução das decisões dos representantes¹⁹.

O financiamento público pro sua vez, também apresenta suas qualidades e suas pontos críticos. Dentre os pontos positivos do financiamento público, é possível destacar o mérito de alocar um mínimo de recursos para todos os partidos políticos, na tentativa de reduzir os prejuízos do financiamento privado exclusivo, tais como o impacto do capital e a preponderância das forças particulares dominantes. O financiamento público tende a favorecer, portanto, a paridade de armas para a concorrência ao cargo de representante do país²⁰.

Nada obstante, como se observa da experiência brasileira, não se trata de modelo isento de críticas, uma vez que o excesso e a exclusividade do financiamento público conduziram à dependência dos partidos aos órgãos políticos, podendo, em alguns casos, enfraquecer o vínculo entre estes e a sociedade. Isto porque os órgãos e o partido que se encontrassem no poder poderiam ditar a quantidade e os aportes financeiros, bem como favorecer a si próprios de alguma forma, de sorte a propiciar o abuso da máquina por quem detém o poder de representação. Neste caso, o comprometimento da troca, à luz

¹⁸ LUZ, Ilana Martins. Uma análise de financiamento de campanhas e corrupção. Disponível em < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4061/2783>> Acesso em 15 de setembro de 2018

¹⁹ Idem

²⁰ Idem

da lógica de mercado, poderia ser vislumbrado com o novo candidato ao receber apoio do partido ou do grupo que detivesse o poder de governo.

Outro grave problema relacionado à ato corruptivo que assola as eleições é a questão *da compra do voto*. Com efeito, tal fenômeno ainda é uma realidade nas eleições brasileiras. A observação empírica²¹ corrobora que as eleições são caracterizadas por uma forte negociação de bens materiais, favores administrativos, e promessa de cargos. Visto se tratar de uma prática recorrente nas democracias modernas, ela ocorre dentro de determinados padrões repetitivos e recorrentes. Pode ser operada por integrantes da própria máquina de campanha do candidato (distribuição de cestas e bens pelo candidato), por correligionários independentes que, com recursos próprios ou de terceiros, conseguem comprar votos para um candidato (por exemplo médicos que dão atendimento gratuito) ou por cabos eleitorais, que profissionalizaram a negociação dos votos²². Estes últimos elementos no âmbito da campanha eleitoral estão usualmente conectados a um representante político local (municipal ou distrital), atuando como uma espécie de intermediário permanente de serviços públicos e outros favores. A dificuldade da interface entre a administração e o cidadão e o caráter opaco dos órgãos públicos são a base para este facilitador que, ao contrário dos outros agentes, atua não só no período eleitoral mas de forma permanente, mesmo em anos em que não há eleições²³.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se trazer a lume, inicialmente, a corrupção e a corrupção política como um mal gravíssimo que possui o condão de resultar e grandes prejuízos a todas as sociedades que são vítimas dela. No

²¹ SPECK, Bruno Wilhem. *A compra de votos – uma aproximação empírica*. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/op/v9n1/16155.pdf>> acesso em 15 de setembro de 2018.

²² SPECK, Bruno Wilhem. *A compra de votos – uma aproximação empírica*. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/op/v9n1/16155.pdf>> acesso em 15 de setembro de 2018

²³ SPECK, Bruno Wilhem. *A compra de votos – uma aproximação empírica*. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/op/v9n1/16155.pdf>> acesso em 15 de setembro de 2018

Brasil, assim como na maioria dos países em desenvolvimento, tal fenômeno se apresenta de uma forma endêmica e estrutural. Aqui elementos próprios da burocratização no Brasil e fatores institucionais como o *centralismo estatal*, e o *excesso de regulamentação* criam as condições ideais para a propagação desse fenômeno. Por outro lado, a corrupção no processo eleitoral constitui terreno fértil para as práticas corruptivas, precipuamente quando se fala no financiamento das campanhas e na compra de voto dos eleitores.

Assim, quanto à problemática do financiamento das campanhas eleitorais, em que pese a legislação ter trazido inovações nesta seara, além do Supremo Tribunal Federal ter limitado a doação privada das campanhas (sendo vedado o financiamento por pessoas jurídicas), tem-se que o próprio sistema de financiamento público necessita de aperfeiçoamentos objetivando o mal uso da verba pública destinada.

Quanto à compra de votos, prática corrupta deveras verificável nos pleitos eleitorais do Brasil, é cediço que uma maior fiscalização da Justiça Eleitoral, somada a uma maior severidade nas sanções dos agentes praticantes do ato corruptivo e antidemocrático poderá servir como mecanismo inibidor.

Portanto, após lançar luz na corrupção política e na corrupção eleitoral, conclui-se pela necessidade de uma maior fiscalização tanto no financiamento das campanhas quanto nos atos que buscam a compra dos votos.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério B. Polícia Federal e construção institucional. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011

LUZ, Ilana Martins. Uma análise de financiamento de campanhas e corrupção. Disponível em

<<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4061/2783>>
Acesso em 15 de setembro de 2018

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. *A Economia Política da Corrupção no Brasil*. São Paulo. Editora Senac, 2001

SPECK, Bruno Wilhem. *A compra de votos – uma aproximação empírica*. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/op/v9n1/16155.pdf>> acesso em 25 de setembro de 2018

SPECK, Bruno Wilhem (org.), *Caminhos da Transparência*. Campinas: Editora da Unicamp. 2002

ZIVELTI, Fernando Aurélio, LOPES, Sílvia (orgs.), *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004

FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS E A CORRUPÇÃO

FINANCING OF ELECTORAL CAMPAIGNS AND CORRUPTION

Thainá de Lima ¹

RESUMO

O referido artigo baseia-se em uma pesquisa bibliográfica e que tem como objetivo discutir o financiamento de campanha e como esse financiamento influencia na lavagem de dinheiro. Primeiramente, elucida-se de que forma é o financiamento político após a reforma eleitoral através da Lei 13.165/2015. Em seguida, passa-se a demonstrar, em específico, os sistemas de financiamentos que existem no país, ou seja, o público, privado e o misto, bem como é apresentado alguns prós e contras de cada um desses sistemas. Por fim, versa-se sobre a influência dos financiamentos eleitorais sobre os meios de corrupção, em específico, a lavagem de dinheiro. E, como conclusão, temos que à medida que a forma política foi tomando e a grande necessidade de ocorrer os financiamentos de campanhas, sejam eles públicos ou privados, aumentou também a forma como é desvirtuado esses financiamentos por meio da lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: financiamento de campanhas eleitorais; reforma eleitoral; lavagem de dinheiro.

ABSTRACT

Referred him article is based in a bibliographical research and that he/she has as objective discusses the campaign financing and as that financing influence in the money laundering. Firstly, it is elucidated that form is the political financing after the electoral reform through the Law 13.165/2015. Soon afterwards, he/she starts to demonstrate, in specific, the systems of financings that exist at the country, in other words, the public, private and the mixed, as well as it is presented some advantages and obstacles of each one of those systems. Finally, she turn on the influence of the electoral financings on the means of corruption, in specific, the money laundering. And, as conclusion,

¹ Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub e ciência política pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER; Aluna do Curso de Pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília - UniCeub

we have that as the political form went taking and the great need to happen the financings of campaigns, be them publics, private and the mixed, as well as it is presented some advantages and obstacles of each one of those systems. Finally, she turn on the influence of the electoral financings on the means of corruption, in specific, the money laundering. And, as conclusion, we have that as the political form went taking and the great need to happen the financings of campaigns, be them publics or private, it also increased the form how it is depreciated those financings through the money laundering.

Keywords: financing of electoral campaigns; reforms electoral; money laundering.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho advém do curso de pós-graduação em Direito público, na matéria de Lei Anticorrupção. Tem por objetivo demonstrar o que o financiamento eleitoral, seja ele público ou privado, gera de ruim para a democracia representativa, que é a corrupção, pois há várias maneiras de fazer com que isso ocorra corrompendo totalmente com a democracia representativa, pois deixa de lado a representatividade da coletividade para representar interesses específicos.

No primeiro momento é de sua importância explicitar o que foi e como ocorreu a redemocratização da política brasileira após a Constituição Federal de 1988, e também será exposto alguns pontos da reforma política que aconteceu no ano de 2015, fato esse que houve uma alteração no Código Eleitoral que só favoreceu a democracia.

Logo após será demonstrado como acontece o financiamento eleitoral. É demonstrado como ocorre o financiamento eleitoral público, financiamento eleitoral privado e o financiamento eleitoral misto, que é o usado atualmente no Brasil. Demonstrar-se-á ainda os prós e contras de cada um desses tipos de financiamentos eleitorais.

Posteriormente, abordar-se-á como o financiamento eleitoral é utilizado para que ocorra a corrupção dentro do sistema eleitoral como, por exemplo, o caixa dois, que é uma maneira de corromper a democracia por meio da corrupção. Pois dentro dessa corrupção há enorme troca de favores, lavagem de

dinheiro dentro da administração pública ou em até mesmo dentro de grandes empresas que detém o poderio econômico de custear uma obra que uma empresa menor não poderia custear.

E esse é o objetivo principal deste artigo, é demonstrar como os meios de financiamentos eleitorais também são corrompidos dentro da sociedade e, existe por mais que cada um dos modelos expostos tenha seus prós, nos seus contras há uma grande produção de corrupção que prejudica a democracia representativa do país e faz com que a nação desacredite na política, nos políticos e se afaste cada vez mais da democracia.

Por fim, ocorrerá uma ligação do sistema misto de financiamento de campanha com a corrupção e o que ela causa á democracia. E, no final, serão apresentadas as conclusões que serão obtidas por meio dessa pesquisa que se baseará em outros artigos publicados, alguns livros para explicar uns conceitos e complementar toda essa pesquisa acadêmica que será realizada ao longo desse estudo.

2 REDEMOCRATIZAÇÃO DA POLÍTICA

A redemocratização da política eleitoral brasileira mudou o modo de visão sobre a democracia e a representatividade no parlamento.

A partir da Constituição Federal de 1988 houve uma profunda alteração na relação Estado-democracia. O primeiro ponto, e mais relevante, é que a democracia passa a ser o carro chefe dentro do Estado, pois ela de fato representaria a vontade da coletividade na imposição de suas vontades. Além disso, ocorreram mudanças dentro do sistema eleitoral, partidário como a implementação de fundos mais democráticos para esses ramos.²

Antes de ocorrer a redemocratização da política, o modelo vigente era totalmente sem transparência, a democracia era enfraquecida, havia uma forma

² ALMEIDA, Debora Rezende de. **Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762014000100005&lng=en&tlng=en>. Acessado em 01 de set. 2018.

de clientelismo entre o Estado com quem detinha poderio econômico e os interesses eram voltados para uma pequena parte da sociedade que detinham esse poderio econômico. Que graças a redemocratização houve fortes mudanças.

A redemocratização trouxe várias mudanças na vida social das pessoas, principalmente no âmbito eleitoral, pois trouxe a democracia como o ponto principal do mundo eleitoral, ou seja, a democracia foi fortalecida. Com isso, nasceram mais partidos políticos para concorrer a corrida política e a representatividade do povo passou a se manifestar com maior relevância por meio de grupos que os representavam, por exemplo, os sindicatos e associações de um determinado grupo de cidadãos.

A também de se falar do pluralismo de grupos que trata no mesmo sentido de associações e sindicatos, trata de uma leva de grupos que representavam vários tipos de grupos sociais diferentes e levavam suas demandas ao parlamento.

O ponto mais relevante sobre a redemocratização política foi a democracia, pois foi a partir dela que a população pode entrar no processo decisório, no processo decisório que ela mesma seria afetada. Tudo isso por meio da Constituição da República de 1988 com ênfase no artigo primeiro que diz que “todo poder emana do povo, que exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente”³, quer dizer que o poder, em especial o político, passou a ser do povo que por meio de voto que elege um candidato ou diretamente poderá ser exercido esse poder. Em específico, o poder da democracia.

Resumindo, a redemocratização da política trouxe aos cidadãos o poder de exercer a sua cidadania com democracia e efetivamente, pois o poder emana dele. E é por meio desse poder que eles elegem um representante para

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

representa-los diante da coletividade e para a coletividade, exercendo assim a democracia.

3 FINANCIAMENTO DE CAMPANHA E A REFORMA POLÍTICA

A reforma eleitoral veio com o objetivo de garantir que a democracia seja exercida para que assim possa garantir os direitos da maioria dos cidadãos e para que os cidadãos imponham suas indignações, sugestões e dúvidas perante o governo. Além disso, a reforma veio para quebrar a desconfiança que toda a população tem com o cenário político do país, já passaram por muita coisa e, por isso, uma boa parcela da população se afastou e se desinteressou pelo cenário político do país.

Esse afastamento da população se deu justamente por atos de corrupção que assola o país faz anos e, nos últimos tempos, os casos expostos pelos veículos midiáticos demonstram mais e mais o descaso que os políticos têm com o exercício da democracia. E os atos de corrupção estão envolvendo os financiamentos de campanhas tanto público, como privado.

Mas o que foi a reforma política? Após ocorrer essa redemocratização da política, houve uma reforma eleitoral no ano de 2015 que alterou diversos pontos da legislação eleitoral que era vigente. Entre essas alterações inclui-se a cassação de registro de candidatura, registro da candidatura que está arrolado no artigo 93 do Código Eleitoral, as convenções partidárias, por exemplo.⁴

Além desses pontos, a reforma política também incluiu em sua redação a forma que se dará o financiamento das campanhas eleitorais, o fim do voto secreto no Congresso Nacional. Voto distrital, cláusula de barreira, fim das coligações, ficha limpa e outros.⁵ Não se pode esquecer que uns dos maiores

⁴ COMUNICAÇÃO, Assessoria. **Série Reforma Eleitoral 2015**: conheça os principais pontos alterados no Código Eleitoral. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Outubro/serie-reforma-eleitoral-2015-conheca-os-principais-pontos-alterados-no-codigo-eleitoral>>. Acessado em 12 de set. de 2018.

⁵ BACELAR, Vinícius Cerqueira. **O financiamento de campanha eleitoral**. Disponível em <<file:///C:/Users/THAIND~1/AppData/Local/Temp/1404-5260-1-PB.pdf>>. Acessado em 12 de set. 2018.

intuitos dessa reforma também foi o combate a corrupção atacando o ponto chave desse processo, a troca de favores de financiadores com candidatos.

Essa alteração é a mais significativa nos últimos tempos no contexto da política brasileira se deu com a reforma eleitoral através da Lei 13.165/2015. Essa lei trouxe alterações nas regras do financiamento de campanha: “as campanhas eleitorais deste ano serão financiadas exclusivamente por doações de pessoas físicas e pelos recursos do fundo partidário.”⁶ Ou seja, após a vigência dessa lei o modo de financiamento das campanhas foi alterado.

Antes da restrição para o fundo de campanha as doações poderiam ser feitas, inclusive, por empresas- pessoas jurídicas. Porém, com o advento da nova lei a doação por conta de empresas foi proibida. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido pela inconstitucionalidade de doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais.

Um breve resumo sobre essa decisão do Supremo Tribunal Federal- STF, na sessão da quinta-feira do dia 17 de setembro de 2015, por maioria e nos termos do voto do Ministro relator Luiz Fux foi decidido sobre a inconstitucionalidade de todos os dispositivos legais que estavam em vigência e que se tratava de autorização das contribuições de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. Por ter sido declarada inconstitucional, a partir das eleições de 2016 entraria em vigor essa proibição de pessoas jurídicas colaborarem com as campanhas eleitorais.⁷

Veja que é um grande avanço para coibir as práticas de corrupção dentro dos partidos e no decorrer das campanhas políticas, pois uma boa parte da arrecadação dos partidos políticos vinha de pessoas jurídicas e, por isso, a prática de corrupção era tão forte, pois a troca de favores sempre era

⁶ PIMENTA, Luciana. Financiamento de campanhas eleitorais: como funciona e suas alterações para as eleições de 2016. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245565,31047-Financiamento+de+campanhas+eleitorais+como+funciona+e+suas+alteracoes>>. Acessado 12 de set. 2018.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF conclui julgamento sobre financiamento de campanhas eleitorais. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>>. Acessado em 03 de set. 2018.

evidenciada entre candidatos/partidos e empresários. Com essa decisão, há uma tendência de amenizar essa prática de corrupção, já que agora, apesar de existir no país o financiamento de campanha mista, que será explicada melhor a pouco, as colaboração vem por âmbito público ou pelos próprios candidatos que tenham verba para auxiliar na sua própria campanha. Deixando de lado o clientelismo e a troca de favor para de fato tentar representar os cidadãos.

Os financiamentos partidários, no Brasil, tem o sistema híbrido, ou seja, podem receber tanto do público como do privado. As leis 9.096/1995 e 9.504/1997 trazem em sua redação sobre as formas de doações como, por exemplo, o limite de doação que uma pessoa física pode doar a um determinado partido.

4 SISTEMAS DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

O financiamento de campanha é aquele que os partidos têm de arrecadar fundos para as campanhas de seus possíveis candidatos, baseando-se na Lei 9.504/1997.

Como citado no tópico anterior o financiamento de campanha atual é o sistema misto, ou seja, recebe tanto do público como o privado isoladamente ou ao mesmo tempo. Nos próximos tópicos serão apresentados como funciona os tipos de sistemas de financiamentos eleitorais, que são os financiamentos públicos embasado na Constituição da República Federativa do Brasil, e depois o financiamento privado que advém de recursos das empresas e, por fim, o atualmente aplicado no Brasil que é o sistema de financiamento misto em que candidatos poderão receber recursos tanto do setor público desde que seguidos às regras impostas na Constituição da República Federativa do Brasil, ou do setor privado por meio de empresas ou até mesmo do próprio candidato que detém recursos para que possa oferecer para o provento da sua campanha.

Nesse sentido, não se pode esquecer que há apoiadores de cada um dos sistemas possíveis para o meio de financiamento de campanha.

4.1 O sistema de financiamento público

O financiamento público, ou seja, que vem pelo poder público (recursos do Estado) é um grande impulsionador dentro dos partidos políticos, por intermédio do fundo partidário- Lei 9.096/1995. Além disso, é um meio de afastar a influência das empresas nos processos políticos decisórios, pois o sistema de financiamento público o dinheiro vem exclusivamente do meio público, sendo proibindo as doações de fundos privados para o financiamento de campanhas eleitorais.

No mais, além do dinheiro vir do meio público, ele é distribuído para os partidos para que assim possa ser redistribuído para os candidatos de dentro do partido. Tornando-o assim mais seguro de ocorrer influências externas, como de empresas, nos processos decisórios políticos, pois não há, em regra, interesses pessoais em jogo, mas sim, interesses que vem do público, da sociedade. Tornando o financiamento de campanha mais próximo da democracia representativa, pois os candidatos que recebessem o fundo agiriam em nome da população, ou seja, pelo interesse da população, não de uma classe específica que ofereceu apoio financeiro para campanha.

O artigo 17, §3 da Constituição da República Federativa do Brasil trás em seu dispositivo sobre quem deverá ter direito aos recursos do fundo partidário, vejamos:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: [...].⁸

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

Dessa forma, a parte do financiamento público advém do Fundo partidário e, nesse sentido, também é isso que oferece o acesso gratuito à rádio e a televisão.

Além disso, outra maneira que esse tipo de financiamento apresenta de benefício é que oferece mais transparência, pois tudo que envolve o governo e o que ele faz tem de ser seguido por ditames legais e, em poucas situações proporcionadas pela própria norma, o administrador faz do uso da discricionariedade para realizar algo, claro dentro dos ditames legais também. Dessa maneira, tratando-se da transparência em processos eleitorais, não há influência externa para que possa interferir de maneira negativa nesse processo.

No mesmo sentido, o financiamento de campanha público oferece mais igualdade entre os partidos, pois todos receberiam verbas e redistribuem entre seus possíveis candidatos para a realização de suas campanhas. Ou seja, uma maneira de não deixar o poder econômico se sobressair à democracia.

Outro aspecto sobre o financiamento de campanha público é que ele ajudaria a máquina pública a reduzir os enormes gastos com as campanhas eleitorais.

Ressalta-se que esse tipo de financiamento de campanha não exclui meios de corrupção, pois em todos os sistemas pode haver brechas para que haja alguma forma de corrupção. Por exemplo, aqui existe a troca de favores – primeiro se investe no candidato para que ele possa ser eleito e depois de eleito ele tem que fazer favores para quem o financiou.

No mais, a adoção ao sistema de financiamento público viria a acabar com a troca de favores candidato e empresa, pois os candidatos não ficariam presos às pessoas que os financiou e, portanto, depois de eleito não viria a ser cobrado por tais financiadores. Dessa maneira, os candidatos voltar-se-iam, apenas, para a defesa do interesse público em seus mandatos. Assim, o caixa dois que existe no financiamento privado não ocorreria mais, pois as verbas dos

Estados são controladas mais fortemente para garantir os princípios do direito administrativo.

Não pode deixar de citar, uma grande crítica a esse sistema de financiamento público que é como será feita a distribuição desse recurso e se o partido se tornaria dependente do Estado. Além disso, tem que se citar que o financiamento público ocorreria uma espécie de estatização dos partidos políticos, ou seja, que o Estado iria dominar todos os partidos políticos existentes, pois a verba estaria saindo do próprio Estado.

Por fim, ao colar na balança os prós e contras é indiscutivelmente mais favorável ao Estado, aos cidadãos e ao bem público que essa maneira de financiamento de campanha que tem como base o público seria mais favorável para essas pessoas, pois era um modo de amenizar ou até mesmo não existir mais corrupção no meio. E, traria mais credibilidade aos partidos políticos.

4.2 O sistema de financiamento privado

O sistema de financiamento privado é aquele que há doação para o financiamento das campanhas eleitorais por meio de recursos privados, ele pode vir tanto de pessoa jurídica, como empresas, como de pessoa física, como o próprio candidato. E é um meio dos partidos políticos não ficarem presos apenas ao financiamento público que iria favorecer aqueles partidos maiores, por exemplo. Por isso, o financiamento privado é de suma importância também, vejamos:

Como já observamos, não há dúvida de que o financiamento privado constitui um recurso legítimo e necessário para os partidos políticos. Entre as suas virtudes cabe destacar que ajuda os partidos a afinar suas pontes de contato com a sociedade, e a melhorar a eficiência na gestão de seus orçamentos. Por seu turno, o tráfico de influências, a captura da agenda do Estado e os escândalos de corrupção política, todos os riscos associados ao financiamento privado, determinaram que a maioria dos países (78%) introduzisse proibições quanto a sua origem e alguns impusessem limites em relação aos seus montantes. Somente Colômbia, El Salvador, Panamá e Uruguai não estabelecem limitação alguma nessa matéria. Em geral, através do estabelecimento dessas barreiras ou

restrições às contribuições privadas, procura-se evitar grandes desequilíbrios ou assimetrias nos cofres dos partidos; diminuir a magnitude das contribuições “plutocráticas” e a conseqüente influência indevida dos “fat cats” ou de instituições e grupos a vinculação dos partidos e instituições e políticas públicas; assim como impedir a vinculação dos partidos e candidatos com dinheiro proveniente de atividades ilícitas, particularmente do narcotráfico.⁹

Por outro lado, esse sistema é cercado de críticas por haver muita corrupção, desvio e lavagem de dinheiro, caixa dois, abuso de poder econômico, suspeitas das origens do dinheiro, por exemplo, além disso, a troca de favores candidato e empresário que ocorre antes, durante e depois das campanhas.

Ocorre que há um desvirtuamento da democracia representativa, pois há uma “troca de favores”, em outras palavras, o candidato recebe de um determinado empresário uma quantia para financiar sua campanha que se conseguir se eleger o empresário pede uns favores em troca. Ou seja, os candidatos ficam ligados a esses empresários por terem recebido dinheiro deles, desvirtuando do objetivo de representar a coletividade. Fugindo assim de um dos princípios basilares do Direito Administrativo: interesse público sobre o privado.

No mesmo sentido, quem recebe vantagens privadas para a sua campanha passa a frente dos outros candidatos que não desejam receber dinheiro privado para não se render as trocas de favores candidato-empresário.¹⁰

Mais um ponto negativo desse sistema é que ele enfraquece os partidos e o poder público, justamente por ficar a mercê dos favores que serão requisitados enquanto um candidato estiver no poder. Ou seja, o interesse privado se sobressairá sobre o interesse público, o candidato deixa de fazer

⁹ ZOVATTO, Daniel. **Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada.** OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, vol. 11, nº 2, p. 287336.

¹⁰ FLEISCHNER, David; LÚCIO, Magda de Lima; REIS, Marlon Jacinto. **Reforma política, instituições eleitorais e capital social.** Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009. (Série Pensando o Direito, n.20).

parte verdadeiramente de uma democracia representativa da coletividade para representar uma classe específica. Assim, enfraquece todo o sistema político.

Porém, o financiamento de campanha eleitoral privada não tem só lados negativos, ele tem algumas características positivas como ser bem liberal e uma ampla abertura, isso significa que as decisões que serão levadas em conta dentro do partido não ficariam restritas apenas aos que mandam, mas sim haveria uma abertura maior para que possam decidir, bem como a doação não viria apenas de membros do partido, mas poderia vir também de pessoas não coligadas a nenhum partido.

Nesse sentido, as doações vindas de público externo são mais fáceis e simples, desde que as doações venham de meios lícitos.

Dessa maneira, foram expostos os prós e contras do financiamento de campanha eleitoral privado que não é de todo ruim, ele também auxilia e dá mais liberdade para auxiliar nas campanhas políticas, apesar de haver mais abertura para a corrupção e outros meios de desvios de dinheiro.

4.3 O sistema de financiamento misto

O sistema financiamento misto é aquele adotado, atualmente, no Brasil. O financiamento misto quer dizer que a arrecadação poderá vir tanto do público como do privado. Claro que como exposto anteriormente, tanto o financiamento público como o privado tem diversas críticas e prós, por exemplo, em relação ao financiamento público faz com que exista lacunas de como serão distribuídos os recursos dentro do partido, mas o pró é que os candidatos se ligariam mais aos interesses da sociedade. Já o financiamento privado tem como sua maior crítica a troca de favores que há a partir do momento que ocorre a doação e o candidato é eleito, pois o empresário que doou irá pedir um favor em troca, e um pró é que esse sistema dá mais abertura em relação aos meios de doações, um público maior poderá votar.

Além dessa forma pública ou privada, o meio de financiamento misto dá abertura para que o próprio candidato que tem condições de doar recursos

para a sua própria campanha como trás o dispositivo artigo 23, da Lei 9.504/97, observe:

Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido ao disposto nesta Lei.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição.¹¹

Isso quer dizer que pessoa física, no caso a figura do candidato, poderá doar para a campanha eleitoral desde que seja respeitado o arrolado nessa lei, por exemplo:

No Brasil, por exemplo, o financiamento de campanha é utilizado da seguinte maneira: “as doações podem ser provenientes de recursos próprios (do candidato); de pessoas físicas, com limite de 10% do valor que declarou de patrimônio no ano anterior no Imposto de Renda; e de pessoas jurídicas, com limite de 2%, correspondente à declaração do ano anterior”, explicou o juiz Marco Antonio Martin Vargas, assessor da Presidência do Tribunal Regional Eleitoras (TRE) de São Paulo.¹²

Portanto, esse sistema não significa que não há meios de haver algum tipo de corrupção, pois assim como nos outros sistemas que são exclusivos públicos ou privados, nesse há também isso e, não está livre de receber críticas, porém esse é o sistema mais democrático, pois o partido não fica preso a só receber dinheiro do meio público, mas poderá também receber dinheiro do ente privado e até mesmo do próprio candidato. Demonstrando-se assim que esse sistema adotado pelo país atualmente é bastante democrático.

Além disso, o dinheiro arrecadado tanto do financiamento público como no do privado vai para um fundo especial de assistência financeira aos partidos políticos, como conhecem, o fundo partidário. Como explica bem o Marcos Ramayana, vejamos:

O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é uma concentração de

¹¹ BRASIL. LEI 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil.

¹² BACELAR, Vinícius Cerqueira. O financiamento de campanha eleitoral. Disponível em <file:///C:/Users/THAIND~1/AppData/Local/Temp/1404-5260-1-PB.pdf>. Acessado em 12 de set. 2018.

recursos públicos e privados, com natureza mista, depositados em conta corrente específica, que se insere na proposta orçamentária, objetivando prestar assistência financeira prevista na lei aos Partidos Políticos.

O Fundo partidário distribui cotas aos partidos políticos que movimentam os depósitos em estabelecimentos bancários. A origem das receitas e a destinação das despesas se sujeitam a controles, escrituração contábil e à prestação de contas.

Os recursos do Fundo Partidário possuem natureza constitucional correlacionada com o princípio fundamental da República Federativa do Brasil insculpido no art. 1º, inciso V da Carta Magna, que se traduz na garantia e manutenção do pluralismo político no Estado Democrático. Nessa linha, verifica-se que os partidos políticos têm direito a receber os recursos oriundos do Fundo Partidário, nos devidos percentuais legais de suas cotas, assegurando-se o cumprimento do disposto no art. 17, parágrafo 3º da Constituição Federal.¹³

Ou seja, esse fundo partidário auxilia o partido a realizar as suas manutenções internas e auxiliar seus candidatos nas candidaturas, além disso, o fundo partidário tem uma fiscalização do Estado, mas não impede que a corrupção ocorra.

Ressalta-se que a realização de uma campanha política envolve muito dinheiro e, com a periodicidade que é realizado campanhas eleitorais no país o modo de financiamento misto é o mais favorável para auxiliar na realização das campanhas políticas, bem como os partidos e os candidatos.

Por isso, que no país é adotado esse tipo de financiamento, por ser mais “democrático” por possibilitar a arrecadação pelos partidos de fundo públicos e/ou privados para a realização das campanhas eleitorais. Claro que esse tipo de sistema de financiamento misto não impede os meios de corrupção que gera nos cidadãos um descrédito na política. Mas, também, não podemos deixar de lado tudo benefício que esse tipo de sistema de fundo partidário gera para o sistema político eleitoral brasileiro.

¹³ RAMAYANA, Marcos. Comentários sobre a reforma eleitoral. 2010.

5 A LIGAÇÃO DO FINANCIAMENTO ELEITORAL COM A CORRUPÇÃO

O tópico de maior relevância desse artigo é a relação que o financiamento de campanha tem com meios de corrupção no âmbito eleitoral. O foco será voltado para o sistema de financiamento eleitoral privado, onde são mais visíveis os efeitos da corrupção.

Como explicitado anteriormente, o sistema de financiamento eleitoral privado é aquele que pessoas jurídicas ou físicas podem realizar doações a partidos políticos para que eles possam realizar suas campanhas.

Ocorre que, na maioria das vezes, o que ocorre por trás dessas doações são trocas de favores entre candidatos e colaboradores. Como assim? Um colaborador doa certa quantia ao partido para favorecer um determinado candidato, após as eleições esse candidato consegue se eleger e, então aquele colaborador o procura para realizar, por exemplo por um assunto x em pauta para votação em plenário, algum ponto que ele precisa.

Isso ocorre demais, e acaba passando o candidato que em regra era para representar a população dentro de uma democracia representativa, para representar uma pequena parte da população por conta do favor que deve aquele tal colaborador.

E, isso é uma forma de corrupção. O tal candidato deixa os preceitos éticos e morais de lado para devolver o que lhe foi dado durante a campanha a um determinado colaborador.

O cenário político brasileiro vem demonstrando o quanto que esse tipo de financiamento privado é desencadeador de uma série de atos de corrupção. Um dos cenários maiores que o país já teve foi a Operação Lava Jato que envolveu grandes políticos envolvidos com corrupção com grandes empresas, vários empresários sendo presos, deputados, senadores sendo presos também, uma presidente sendo investigada por atos de corrupção.

O grande ensinamento que a Operação Lava jato deixa é que a corrupção está bem além de partido x ou partido y, existe uma rede de corruptos que corrompem com a democracia estatal.

Ora, isso reforça mais ainda o quanto esse tipo de financiamento leva a enormes atos de corrupção. Há casos também de empresas laranja que funcionavam como meio para proporcionar a lavagem de dinheiro, empresas fantasmas também, entre outros, que usam para proporcionar aos de corrupção.

Também não pode ser deixado de lado o financiamento privado realizado por pessoa física que, na boa parte das vezes, é realizado pelos próprios candidatos. Apesar da lei eleitoral regular a quantia em que cada candidato pode doar que tem que declarar antes há envolvido também prática de corrupção, como caixa dois, lavagem de dinheiro que aumenta abruptamente o patrimônio do candidato para que nas próximas eleições ele possa realizar uma enorme campanha e se eleger novamente.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal - STF proibiu para as campanhas eleitorais de 2018 a colaboração de pessoas jurídicas para o financiamento privado. Ainda não ocorreram as eleições, mas espera-se que com essa atitude os atos de corrupção sejam amenizados, pois se sabe que impedido de ser realizado apenas com uma proibição não impedirá que ocorram atos de corrupção nas campanhas eleitorais.

Há inúmeras críticas sobre a proibição das colaborações de pessoas jurídicas para o financiamento de campanhas eleitorais, uma delas é que isso é uma falsa coibição de práticas de trocas de favores. Pois apesar de amenizar as práticas de corrupção, a inibição de doação de ente privado fica em evidência a colaboração por meio público ou de pessoa física, o que importa é que nada impede que esses dois tipos de pessoas realizem atos de corrupção, o problema não será resolvido.

Nada disso impede que haja propinas, desvios de dinheiros, caixa dois, pois esse não é um problema meramente tipificado de conduta, deverá haver

uma mudança na política em geral, por isso que muitos defendem que deverá haver uma nova reforma política para mudar vários aspectos que propiciam atos de corrupção e, também, mudar o que é e está sendo aceitável dentro da sociedade, atos de corrupção não deveriam ser algo comum entre os cidadãos e dentro de uma democracia como está sendo, mas sim coibido qualquer forma e como seja.

Além disso, é necessário haver uma maior fiscalização acerca dos recursos que vão para as campanhas eleitorais. Em regra, o financiamento de campanha eleitoral público já conta com essa fiscalização e isso deveria ser repassado para o financiamento de campanha eleitoral privado. Ou seja, ter uma maior e mais rigorosa fiscalização sobre as doações para partidos e candidatos. Apesar de que não seja tão efetiva essa fiscalização sobre os recursos públicos, deveria haver uma maior e mais rigorosa forma de fiscalizar todo o dinheiro que entra e que sai no meio político.

Dessa forma, ocorreria um passo a mais para quebrar a cultura corrupta do país e as pessoas voltariam a acreditar na política, uma política que realmente vá de encontro com os preceitos de uma democracia de fato representativa, que de fato represente os interesses do povo, não de uma classe específica que são as dos colaboradores de campanha.

Reforça-se a importância de ter no financiamento de campanha eleitoral a parte pública, pois nela há uma maior fiscalização do dinheiro, de onde sai e de onde entra, e assim ameniza os impactos da corrupção no meio das campanhas eleitorais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essa exposição de conteúdo sobre os financiamentos de campanhas eleitorais, possibilitam algumas conclusões.

Primeiramente, a redemocratização da política, bem como a reforma eleitoral foi de suma importância para que houvesse uma maior regulamentação acerca da política, com o objetivo para que de fato ocorresse

uma democracia representativa no país. E de fato, essa democracia ocorreu e vem ocorrendo no país.

Em seguida, foram explicados quais são os tipos de financiamento de campanha e o que cada um tem de prós e contras: pública, privada e mista. Com enfoque no financiamento de campanha misto que é o atual usado no país em que podem ser realizadas campanhas tanto do público, quanto de pessoa privada, lembrando que pessoa privada pode ser tanto uma pessoa física como uma pessoa jurídica.

Mas por estarem tão escancarados às inúmeros atos de corrupção realizados por agentes políticos, partidos políticos que levaram a população a uma descrença em massa da política brasileira, fez com que o judiciário reagisse em meio a tanto problema e nessas eleições de 2018 houve a proibição de doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. Acredita-se que com isso, amenize esses enormes atos de corrupção que envolve a política brasileira.

Foi citado também uma das maiores operações do país, a Operação Lava Jato, que descobriu inúmeras fraudes e atos de corrupção envolvendo grandes empresas e empreiteiras e inúmeros políticos e, que dessa vez, não ficou só no papel, pois inúmeros políticos foram presos, grandes empresários também, várias pessoas sendo investigadas e milhares de dinheiro devolvido aos cofres públicos. Tudo isso envolvendo a corrupção, as trocas de favores de candidatos e colaboradores.

Por fim, fica a reflexão, o financiamento de campanha eleitoral é importante, pois campanhas são caras e não é viável que o Estado supra esse ponto sozinho, mas o que deveria haver em relação a doações no âmbito privado é mais rigor na fiscalização, de onde sai e aonde vai entrar o dinheiro, se foi distribuído efetivamente para os candidatos e como foi distribuído. Pois deixar tudo nas mãos dos agentes políticos e eles fazerem o que quiser é um risco á democracia representativa do país e gerará cada vez mais descrença por

parte do eleitorado na política brasileira, pois até então, ninguém presta e nada funciona. Ou seja, afunda cada vez mais o país.

Com um bom sistema eleitoral, que leve em conta os preceitos da democracia poderemos chegar a pontos essenciais para as eleições como uma competição igualitária, pois todos os candidatos poderia concorrer de forma igual, a confiança dos eleitores retomaria, pois não mais deixariam de desacreditar em uma política tão corrupta, nesse mesmo sentido os atos de troca de favores, de clientelismo também diminuiria, pois o candidato iria fazer do seu mandato coisas em prol do bem comum do cidadão e do interesse da coletividade, não uma política que favorece apenas um grupo específico para pagar o favor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Debora Rezende de. **Pluralização da representação política e legitimidade democrática**: lições das instituições participativas no Brasil.

Disponível em <

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762014000100005&lng=en&tlng=en>.

BACELAR, Vinícius Cerqueira. **O financiamento de campanha eleitoral**.

Disponível em <file:///C:/Users/THAIND~1/AppData/Local/Temp/1404-5260-1-PB.pdf>.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

COMUNICAÇÃO, Assessoria. **Série Reforma Eleitoral 2015**: conheça os principais pontos alterados no Código Eleitoral. Disponível em

<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Octubre/serie-reforma-eleitoral-2015-conheca-os-principais-pontos-alterados-no-codigo-eleitoral>>.

FLEISCHNER, David; LÚCIO, Magda de Lima; REIS, Marlon Jacinto. **Reforma política, instituições eleitorais e capital social**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009. (Série Pensando o Direito, n.20).

PIMENTA, Luciana. **Financiamento de campanhas eleitorais**: como funciona e suas alterações para as eleições de 2016. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245565,31047-Financiamento+de+campanhas+eleitorais+como+funciona+e+suas+alteracoes>>.

RAMAYANA, Marcos. COMENTARIOS SOBRE A REFORMA ELEITORAL. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF conclui julgamento sobre financiamento de campanhas eleitorais**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>>.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, vol. 11, nº 2, p. 287336.

ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT – FCPA* E A LEI nº12.846/2013

COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE LAW OF *FOREIGN CORRUPT PRACTICES - FCPA* AND LAW nº 12.846 / 2013

Júnia Marise Lana Martinelli¹

RESUMO

Este artigo tem por objetivo confrontar a Lei Brasileira de Combate à Corrupção e a Lei Anticorrupção - 12.846 / 2013, com o objetivo de avaliar a eficiência de cada um no combate à corrupção.

ABSTRACT

This paper aims to confront the FCPA and The Anti-bribery Brazilian Law - 12.846/2013, in order to assesses each one's efficiency for combating corruption.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção eleva os custos na efetivação dos negócios, inibe investimentos em setores prioritários como infraestrutura, saúde e educação, enseja o uso ineficiente de recursos públicos, perpetua a pobreza e deslegitima a atuação do Estado. É um mal a ser combatido universalmente, a bem dos mecanismos da livre concorrência e da manutenção de padrões aceitáveis de bem-estar social.

A *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* é o diploma legislativo americano que disciplina o combate à corrupção, tanto aquela perpetrada no território dos

¹ Juíza do Trabalho do TRT 10ª Região. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Mestre em *Discipline del Lavoro, Sindacali e della Sicurezza Sociale* pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Estados Unidos como no exterior. Desde sua edição, em 1977, foi reconhecida como marco inicial e fonte para vários tratados internacionais anticorrupção.

A *FCPA* adveio do movimento anticorrupção inaugurado com as repercussões nefastas do *Watergate* e foi originalmente projetada para desestimular empresas americanas a se envolverem em práticas de suborno com governos estrangeiros². Utiliza-se propositalmente de linguagem vaga para definir a natureza e os destinatários de suas normas, o que lhe propicia amplo espectro de incidência. Com as alterações promovidas em 1998, passou a sancionar empresas estrangeiras coligadas de algum modo à jurisdição americana.

Muito menos ambiciosa, nossa Lei nº12.846/2013 foi editada no contexto histórico do Mensalão, quando vieram a público desvios de recursos financeiros em favor de agentes e partidos políticos para subvencionar campanhas eleitorais e outros esquemas de corrupção. A Lei objetivou também atender ao compromisso firmado pelo Brasil, ao ratificar a *Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions (Anti-Bribery Convention)* da *Organization for Economic Co-operation and Development-OECD*.

Conhecida como Lei Anticorrupção, a Lei nº12.846/2013 inovou, ao prever a responsabilização objetiva cível e administrativa de pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados em seu benefício. Ademais, introduziu no ordenamento pátrio o acordo de leniência, potente instrumento de investigação que busca a cooperação da pessoa jurídica infratora na apuração do ilícito.

Em sede administrativa, a Lei possibilita a aplicação de sanções diretamente pelo órgão lesado, independente do recurso à via judicial. Assim, a própria Administração Pública poderá impor aos infratores penalidades como

² Apurou-se, à época de sua edição, que companhias de petróleo norte-americanas estavam envolvidas em negócios espúrios com funcionários do governo do Japão, Países Baixos e Itália. Congress enacted the FCPA in 1977 after revelations of widespread global corruption in the wake of the Watergate political scandal. SEC discovered that more than 400 U.S. companies had paid hundreds of millions of dollars in bribes to foreign government officials to secure business overseas.

multa de até 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica ou sessenta milhões de reais.

Também colabora com o cenário nacional de enfrentamento à corrupção a aderência, por parte dos diversos entes federados, aos chamados cadastros anticorrupção (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP), administrados pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU e previstos na Lei nº 12.846/13.

Ademais, difundem-se os Programas de *Compliance*, com a implementação de mecanismos de integridade voltados à atuação empresarial legalmente ajustada e ética. O propósito deste trabalho é acentuar os aspectos de similitude e disparidade entre as legislações norte-americana e brasileira de combate à corrupção, e as implicações decorrentes, por meio da análise bibliográfica e dos respectivos diplomas legais.

2 LEI ANTICORRUPÇÃO AMERICANA – FCPA:

A *US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* é o principal diploma legislativo americano de combate à corrupção e o primeiro a prever a responsabilização corporativa por atos dessa natureza. Caracterizada pela extraterritorialidade de suas disposições, a FCPA foca na atuação global de agentes estrangeiros no trato com empresas americanas ou sujeitas à jurisdição americana por diversos motivos.

Por definição, “the US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) of 1977 is the first major piece of national legislation aimed at combating bribery and the first to introduce corporate liability, responsibility for third parties and extra-territoriality for corruption offenses. Prohibition of bribery payments is limited to foreign officials, and the FCPA includes a limited exception for facilitation payments. With nearly global jurisdiction, the FCPA is widely enforced, and the current trend points towards increased enforcement actions, fines and imprisonment.” (FCPA COMPLIANCE GUIDE)

A FCPA coíbe duas modalidades de práticas comerciais ilícitas: a contabilidade falsa e o pagamento indevido a *foreign officials* efetivado no propósito de obter ou manter negócios afetos a sua *official capacity*. As disposições anti-suborno do FCPA proíbem, ainda, a utilização dos correios ou de qualquer meio de comunicação americano de molde a instrumentalizar o repasse de mercadoria ou valores provenientes de corrupção:

The FCPA contains both anti-bribery and accounting provisions. The anti-bribery provisions prohibit U.S. persons and businesses (domestic concerns), U.S. and foreign public companies listed on stock exchanges in the United States or which are required to file periodic reports with the Securities and Exchange Commission (issuers), and certain foreign persons and businesses acting while in the territory of the United States (territorial jurisdiction) from making corrupt payments to foreign officials to obtain or retain business. The accounting provisions require issuers to make and keep accurate books and records and to devise and maintain an adequate system of internal accounting controls. The accounting provisions also prohibit individuals and businesses from knowingly falsifying books and records or knowingly circumventing or failing to implement a system of internal controls.” (FCPA COMPLIANCE GUIDE)

A *Securities and Exchange Commission – SEC* é o órgão encarregado da aferição contábil exigida pela FCPA sobre livros e registros comerciais. Já o *Department of Justice – DOJ* é responsável pela aplicação das sanções cíveis e penais previstas na lei.

Evidente, em seus comandos, a preocupação em punir a corrupção em qualquer de suas formas, mesmo que aparentemente revestidas de licitude:

An improper benefit can take many forms. While cases often involve payments of cash (sometimes in the guise of “consulting fees” or “commissions” given through intermediaries), others have involved travel expenses and expensive gifts. Like the domestic bribery statute, the FCPA does not contain a minimum threshold amount for corrupt gifts or payments. Indeed, what might be considered a modest payment in the United States could be a larger and much more significant amount in a foreign country. (FCPA COMPLIANCE GUIDE)

Embora não referido o elemento subjetivo doloso da violação, tem-se que o termo *willfully* expressa o propósito voluntário e mal intencionado. Portanto,

independente do conteúdo monetário, para a tipificação do suborno, exige-se a violação voluntária, de modo que há necessidade de prova de que o réu agiu consciente de que sua conduta era ilegal.

A FCPA aplica-se a:

The FCPA's anti-bribery provisions apply to corrupt payments made to (1) "any foreign official"; (2) "any foreign political party or official thereof"; (3) "any candidate for foreign political office"; or (4) any person, while knowing that all or a portion of the payment will be offered, given, or promised to an individual falling within one of these three categories. (FCPA COMPLIANCE GUIDE)

A violação consiste em induzir ou influenciar agente estrangeiro a usar seu cargo ou função para a obtenção ou manutenção de negócios ou mesmo para assegurar tratamento fiscal mais favorável, para impedir que empresas concorrentes ingressem no mercado de determinado país ou região, ou para contornar exigências legais de licenciamento ou alvarás. Trata-se do *business-nexus* – o suborno deve estar relacionado à obtenção ou manutenção de vantagem ilícita.

A FCPA impõe sanções a pessoas físicas e jurídicas, como multas, dano reputacional, embargos administrativos e prisão. As multas por violação anticorrupção chegam a US\$2 milhões por infração. As multas por violação contábil podem alcançar US\$25 milhões por infração ou, alternativamente, o dobro do benefício perdido ou obtido indevidamente. É prevista a declaração de inidoneidade e o monitoramento permanente da empresa

Em 1998, a FCPA foi aditada para se adequar à Anti-Bribery Convention, elastecendo o seu alcance para incluir: "(1) include payments made to secure "any improper advantage"; (2) reach certain foreign persons who commit an act in furtherance of a foreign bribe while in the United States; (3) cover public international organizations in the definition of "foreign official"; (4) add an alternative basis for jurisdiction based on nationality; and (5) apply criminal penalties to foreign nationals employed by or acting as agents of U.S. companies."

As disposições anticorrupção do FCPA são aplicáveis dentro e fora do território americano. É considerado *issuer* (emissor) a pessoa física ou jurídica, americana ou não, que emite títulos ou arquiva relatórios junto à Securities and Exchange Commission, ou ainda qualquer agente que se utiliza dos correios norte-americanos ou qualquer outro instrumento de comércio internacional para efetuar pagamento de suborno a funcionário público estrangeiro.

Assim, a jurisdição da FCPA abarca o comércio, transporte ou comunicação entre os vários países, bem como qualquer meio internacional de comunicação, o que inclui a troca de e-mails, ligações telefônicas, transferências bancárias ou outros mecanismos de, através ou para os Estados Unidos.

Desde 1998, a expressão “in furtherance of” tem sido interpretada extensivamente, no sentido da jurisdição do FCPA poder ser acionada em face de ato praticado inteiramente fora do território americano. Tal entendimento adveio da constatação de que a aplicação da lei somente a empresas americanas implicaria severa desvantagem comercial, já que empresas estrangeiras continuariam a prática corrupta atingindo tangencialmente interesses norte-americanos no exterior.

Desta forma, de uma jurisdição originariamente doméstica, voltada exclusivamente à regulação da conduta de empresas americanas no exterior, passou-se a uma perspectiva internacional, que abrange agentes estrangeiros que praticam suborno junto a funcionários públicos estrangeiros, desconsideradas por completo as fronteiras territoriais.

A agressiva política americana de combate à corrupção, não isenta de críticas por ofensa à soberania dos demais países, foi imposta pelos EUA ao mercado internacional pela *Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions (Anti-Bribery Convention)* da OECD, de molde a dificultar a ocorrência de *dumping* por tal aspecto, com evidente a conotação econômica.

Consequently, the United States sought to impose its definition of “corruption” on international markets in order to “level the playing field,” thereby going beyond the

initial trust-instilling impetus behind the FCPA. Against this backdrop, in 1988 Congress commanded the Executive Branch to negotiate with the United States' prominent trading partners in the Organization of Economic Cooperation and Development (OECD) to pass legislation similar to the FCPA. Pursuant to these negotiations, in 1997 the United States and thirty-three other countries entered into the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD Convention). The OECD Convention requires signatory countries to criminalize the bribery of foreign public officials by "any person" and "to establish . . . jurisdiction . . . when the offence is committed in whole or in part in its territory." The OECD Convention also required signatories to pass legislation with a geographically broad reach; indeed, OECD commentary provided that "[t]he territorial basis for jurisdiction should be interpreted broadly so that an extensive physical connection to the bribery act is not required." (DE LA TORRE, citado por COELHO et alli)

Daí as acusações de imperialismo moral aos EUA, pejorativamente difundidas como "*The Ugly American*", "*Wolf in Sheep's Clothing*" e "*rule of geographic morality*", relacionadas ao carácter unilateral e intervencionista da FCPA

Outro aspecto relevante a destacar nas normas da FCPA é o oferecimento das COMPLIANCE GUIDES, resumidas no seguinte:

Each company may have different compliance needs that depend on their size or risk exposure, so there is no compliance programme that suits every business. However, in order to design an effective compliance programme, the *Resource Guide to the FCPA* recommends that a programme include the following policies and procedures:

- Tone at the Top

A commitment from senior management and a clearly articulated policy against corruption.

- Risk Assessment

Companies should analyze and address the specific risks they face.

- Training

Companies should take the appropriate steps to ensure that the policies and procedures have been communicated throughout the organization.

- Oversight, Autonomy and Resources

Individuals in charge of oversight should be autonomous from management and should have sufficient resources to ensure the programme is implemented correctly.

- Incentives and Disciplinary Measures

Clear disciplinary procedures should be in place and the adherence to compliance policies and procedures should be incentivised throughout the company.

- Code of Conduct & Compliance Policies

The code of conduct is the foundation of an effective compliance programme. Policies and procedures detailing proper internal controls, auditing practices, documentation policies and disciplinary measures should be in place.

-Third-Party Due Diligence & Payments

Third-parties should be assessed regularly and should be informed of the company's compliance programme and code of conduct.

-Testing and Review

As a company's business and environment in which it operates changes over time, a good compliance programme should be reviewed and constantly evolve over time.

- Reporting

Employees should be able to report violations without fear of retaliation through a whistleblowing mechanism based on confidentiality. The compliance programme and internal controls should be updated after an internal investigation.

3 A LEI Nº 12.846/2013

A edição da Lei 12.846/2013 atendeu a compromissos internacionais decorrentes de convenções ratificadas pelo Brasil que estabeleceram regras de repressão à corrupção internacional:

- Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996;
- Convenção aprovada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 17 dezembro de 1997;
- Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003.

Há em comum, na Convenção da Organização das Nações Unidas e na Lei brasileira, a previsão da adoção de medidas de natureza contábil e de auditoria, especialmente controles internos para prevenir a prática de corrupção, sob pena de sanções civis, administrativas e penais (art. 12). O conjunto dessas medidas denomina-se Programa de Compliance ou de Integridade. A diferença é que na Lei brasileira essas medidas não são compulsórias, apenas estimuladas, posto que atenuam a responsabilidade civil objetiva das empresas.

Embora reconhecida como Lei Anticorrupção, a Lei nº12.846/2013 não utiliza o termo corrupção, mas refere simplesmente à prática de atos lesivos à administração pública.

A Lei prevê a responsabilidade objetiva, administrativa e civil, das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional. (arts. 1º e 2º), o que compreende as esferas federal, estadual e municipal e contempla tanto a administração direta quanto a indireta. Por força

da Convenção aprovada pela OCDE, a Lei incluiu, também, os atos lesivos contra a administração pública estrangeira.

São passíveis de sanções as sociedades empresárias ou sociedades simples, fundações privadas, associações de entidades ou pessoas ou sociedades estrangeiras que tenham sede no Brasil (art. 1º, parágrafo único). Determinada empresa poderá ser civil e objetivamente responsabilizada quando alguém praticar, em seu interesse e benefício, ato lesivo à administração pública (art. 2º), incluindo seus dirigentes, gestores, prepostos, empregados em geral e até terceiros que estejam representando esses interesses empresariais e que sejam autores do ato lesivo (art. 3º). Os dirigentes e administradores das empresas somente serão responsáveis na medida de sua culpabilidade (art. 3º, § 2º).

Atos lesivos à administração pública, para os fins da Lei 12.846/2013, são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional, contra princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos pelo artigo 5º.

A instauração e o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – artigo 8º, admitida a delegação a autoridades hierarquicamente inferiores. Será nomeada uma comissão processante, formada no mínimo por dois servidores públicos e que terá o prazo de 180 dias para concluir o processo, sujeito à prorrogação por motivos fundamentados. A pessoa jurídica investigada terá 30 dias para apresentar sua defesa. Instruído e concluído o processo, a Comissão submeterá o relatório à autoridade instauradora, que proferirá seu julgamento (art. 12). Cominadas sanções monetárias e não se realizando o pagamento pela empresa, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública (art. 13, parágrafo único). No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União também está autorizada a instaurar processos, podendo, inclusive, avocar outros processos que estejam tramitando em qualquer órgão federal.

A responsabilidade administrativa da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização no âmbito judicial (art. 18), com as seguintes sanções, que poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (art. 19, caput e seu § 3º):

a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem indevidamente recebida pela empresa em razão da prática de infração;

b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

c) 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 de um ano e máximo de cinco anos;

d) a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, § 1º).

Na esfera administrativa, as punições são as seguintes (art. 6º):

a) multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício da empresa, antes de instaurado o processo administrativo, excluídos os tributos (art. 6º, inciso I);

b) publicação extraordinária da decisão condenatória nos meios de comunicação de grande circulação no local da prática da infração e no local de atuação da pessoa jurídica (art. 6º, inciso II e § 5º);

c) não sendo possível, por qualquer motivo, o critério do valor do faturamento bruto, as multas variam de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões (art. 6º, § 4º).

A Lei estabelece, também, os critérios de gradação da multa (art. 7º):

a) a gravidade da infração;

b) a vantagem ilícita auferida ou pretendida pelo infrator;

c) a consumação ou não da infração;

d) a situação econômica do infrator;

e) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações (Acordo de Leniência);

f) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica - Programas de Compliance.

As punições aplicadas às empresas serão registradas em cadastro divulgado pelo Poder Executivo Federal denominado “Cadastro Nacional de Empresas Punidas” (art. 22).

O Acordo de Leniência envolve o compromisso por parte da empresa de colaborar com as investigações realizadas pela autoridade administrativa, sob as seguintes condições (art. 16):

1) que a pessoa jurídica reconheça seu envolvimento no ato ilícito e manifeste o interesse em cooperar na investigação, facilitando a identificação de outras pessoas físicas ou jurídicas envolvidas;

2) que essa cooperação seja plena e permanente e possa resultar no acesso a informações e documentos que comprovem a ocorrência do ilícito sob apuração;

3) que pessoa jurídica cesse completamente a prática ilícita.

O Acordo de Leniência fixará as condições necessárias à efetiva colaboração da empresa, de forma a permitir um resultado concreto da apuração (art. 16, § 4º), além de vantagens e isenções, tais como:

a) a obrigação de divulgar a decisão condenatória nos meios de circulação;

b) a proibição de receber incentivos e subsídios de órgãos públicos e de instituições financeiras públicas.

c) a redução em até 2/3 da multa aplicável.

Esses benefícios não se estendem, todavia, à obrigação de reparar o dano provocado à administração pública, se houver (art. 16, § 3º).

4 CONCLUSÕES

A legislação americana anticorrupção FCPA contempla disposições cíveis e criminais, a par de disposições relativas ao controle contábil mercantil. Desta forma, considera condutas típicas não apenas o pagamento de propina, mas também todo e qualquer pagamento feito por empresa registrada na bolsa de valores norte-americana não contabilizado regularmente.

Em linhas gerais, a FCPA pune as condutas de pagar, oferecer, prometer ou autorizar a entrega de dinheiro ou qualquer bem de valor, diretamente ou através de intermediário ou agente (*3rd party*), a oficial estrangeiro (*foreign official*), candidato ou partido político estrangeiro, autoridades públicas estrangeiras, no intuito de corromper, visando conseguir, manter ou encaminhar negócios ou obter qualquer vantagem indevida.

A FCPA é aplicável a qualquer cidadão norte-americano, empresa subsidiária norte-americana ou estrangeira em território norte-americano, empresa estrangeira que tenha negócios ou conexões com os EUA ou que se utilize de meios de comunicação ou transporte americanos. E também a cidadão estrangeiro que efetue, diretamente ou por intermediários, pagamento indevido em território americano ou que por esse tenha trânsito.

A aplicação do FCPA compete à *Securities and Exchange Commission – SEC*, por violações de cunho contábil, e ao *Department of Justice – DOJ*, pelas violações que tipifiquem atos de corrupção. Acordos celebrados com o DOJ/SEC não ensejam ações judiciais.

A FCPA impõe sanções a pessoas físicas e jurídicas, como multas, dano reputacional, embargos administrativos e prisão. As multas por violação anticorrupção chegam a US\$2 milhões por infração. As multas por violação contábil podem alcançar US\$25 milhões por infração ou, alternativamente, o

dobro do benefício perdido ou obtido indevidamente. É prevista a declaração de inidoneidade e o monitoramento permanente da empresa

Em 1997, por intervenção americana, a OECD elaborou a Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions (Anti-Bribery Convention), ratificada pelo Brasil.

Em consequência, o Brasil ajustou sua legislação interna: alterou dispositivos do Código Penal que tratam dos crimes contra a Administração Pública Estrangeira; revogou a Lei nº 9.613/98, sobre lavagem de dinheiro, substituindo-a pela Lei nº12.683/12; e editou a Lei nº 12.846/2013.

A Lei nº12.846/2013 prevê a responsabilização da pessoa física e jurídica pela prática de atos de suborno contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Tem como pontos relevantes a atribuição de responsabilidade objetiva à empresa beneficiada pelo ato de corrupção, e a responsabilidade subjetiva de seus dirigentes.

A Lei nº12.846/2013 elenca como sanções administrativas: multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior ao início do processo administrativo tendente à apuração do ato de corrupção; multa de R\$6.000,00 a R\$60 milhões, caso seja inviável utilizar o critério do faturamento bruto; publicação da decisão em jornal de grande circulação, declaração de inidoneidade para contratar com o Poder Público, possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica com o comprometimento do patrimônio pessoal dos sócios e comunicação ao Ministério Público para demais providências penais. Na dosimetria da sanção, será considerada a efetivação dos Programas de Integridade (Compliance).

A Lei nº12.846/2013 estipula como sanções judiciais: restituição de valores perdidos/obtidos; suspensão ou interdição das atividades da empresa, dissolução compulsória da empresa, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de entidades públicas pelo período de 1 a 5 anos. Sanções judiciais não excluem as administrativas e vice-versa.

A Lei nº12.846/2013 autoriza os acordos de leniência, pelos quais a empresa deve cooperar com as investigações e cessar a prática nociva, com o benefício de redução de até 2/3 das multas e exclusão de outras sanções.

Tanto a legislação americana como a brasileira têm alcance extraterritorial, mas somente a primeira preconiza sanções às empresas por violação da regularidade contábil. A Lei nº12.846/2013 se limita a prever atenuação da pena ante a comprovação da existência de controles de auditoria interna.

REFERENCIAS

COELHO, Nuno e HERINGER, HELIMARA MOREIRA LAMOUNIER, FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO, Revista Jurídica, vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017. pp. 164-187, in <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2004/1285>.

FCPA COMPLIANCE GUIDE, in <https://www.business-anti-corruption.com/compliance->

FCPA, UK BRIBERY ACT e LEI Nº12.846/2013 AVANÇOS E DESAFIOS, AMCHAM RIO, novembro/2013, in www.pwc.com.

FORTINI, Cristiana, UMA RÁPIDA COMPARAÇÃO ENTRE A LEI 12.846/13 E O NORTE-AMERICANO FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA), in <https://pt.linkedin.com/pulse/uma-r%C3%A1pida-compara%C3%A7%C3%A3o-entre-lei-1284613-e-foreign-corrupt-dorea>.

Guia anual de conformidade e tendências de aplicação da FCPA Foreign Corrupt Practices Act: abril de 2017, in www.smithpachter.com/.../SPM%20FCPA%20Guide%20-%20January%202018%20P.

MANUAL SOBRE A LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI 12.846/2013 COMO AS EMPRESAS DEVEM SE PREVENIR DAS SANÇÕES PREVISTAS POR ESTA LEI – O PROGRAMA DE COMPLIANCE – in cnc.org.br/sites/default/.../manual_sobre_a_lei_anticorruptao_-_lei_12.846-2013.

VASCONCELLOS NÓBREGA, Antônio Carlos, “Lei anticorrupção e segurança jurídica - Estímulo à implementação de mecanismos de integridade passa pela

criação de ambiente legalmente bem estruturado.”, in
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos>

EFICIÊNCIA NORMATIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

NORMATIVE EFFICIENCY: A CRITICAL ANALYSIS OF THE ANTICORRUPTION LAW

Eric de Souza Santos Marques¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo o combate à corrupção a luz da Lei 12.846/2013, cujo foco é a apuração e responsabilização dos atos lesivos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira. Vale ressaltar que a referida lei apresentou inovações importantes ao ordenamento jurídico que merecem atenção. Nesse sentido, este trabalho faz uma análise crítica da intitulada Lei Anticorrupção contextualizando a realidade brasileira e trazendo observações relevantes que podem comprometer a fiel execução da norma e o efetivo combate a corrupção.

Palavras-chave: Lei anticorrupção. Responsabilidade civil e administrativa de pessoa jurídica. Análise crítica.

ABSTRACT

This article aims to study the fight against corruption, related to Law 12.846 / 2013, whose focus is the determination and accountability of acts harmful to the national or foreign public administration. It is noteworthy that this law presented important innovations for the legal system that merit attention. In this sense, this work makes a critical analysis of the Anti-Corruption Law contextualizing the Brazilian reality and bringing relevant observations that can compromise the faithful implementation of the norm and the effective fight against corruption.

Keywords: Anti-corruption law. Civil and administrative liability of a legal entity. Critical analysis.

1 INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em Direito e Relações Governamentais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: ericss.marques@hotmail.com.

Este trabalho objetivou construir um estudo crítico sobre o combate a corrupção brasileira a luz da Lei nº 12.846/2013. Até a sua criação, o Brasil estava passando por intensas transformações no âmbito jurídico, social e político que por vezes colocou o Congresso Nacional em situações bem difíceis. Nesse sentido, a Lei anticorrupção não foi elaborada ao acaso, o Brasil esteve desde 1996 atuante no cenário internacional envolvido em Convenções de combate a corrupção.

Apenas no ano 2000 que o Brasil ratificou o seu primeiro compromisso internacional contra a corrupção e veio adotando mudanças no seu ordenamento jurídico. Como resultado aos compromissos internacionais firmados e com a população nas ruas insatisfeitas com a classe política, o Congresso Nacional elaborou a Lei anticorrupção.

Disto isto, na primeira parte do artigo se buscou fazer uma análise crítica em torno do conceito de corrupção. Apesar de não existir uma definição universal, é importante entender como esse conceito é formado por diferentes perspectivas. Essa análise crítica é fundamental para a compreensão do problema aqui estudado, o combate a corrupção. Ademais, se introduz o contexto internacional e nacional anterior a elaboração da Lei anticorrupção.

Na segunda parte, se faz uma análise minuciosa da lei. Esta parte se tentou olhar a lei com base na perspectiva do legislador, ou seja, uma análise técnica da lei. Por fim, na última parte, se faz observações pontuais que colocam em alerta a eficiência da norma. Nessa parte, se contextualizou a realidade social e política brasileira com o que está previsto na lei, ou seja, buscou-se colocar a prova o seu nome, Lei anticorrupção.

2 O FENÔMENO DO COMBATE A CORRUPÇÃO

2.1 Disposições gerais sobre a corrupção

Desde o convívio de indivíduos em sociedades organizadas com base em costumes, princípios e normas próprias que se discute o que seria ético e moral nas relações econômicas e sociais. Neste contexto, a de se afirmar que a

determinação do que é lícito ou o que é ilícito, moral ou imoral é um exercício complexo de constante reavaliação e que dificilmente é possível exportá-las sem sofrerem adaptações.

Dessa maneira, é perfeitamente justo que em diferentes civilizações sejam adotadas diferentes formas de convivência e de percepção do que seria socialmente aceitável ou não. Para o objeto deste trabalho, não é errado afirmar que o conceito de corrupção sempre teve espaço nas pautas dos governos, dos grupos políticos, das empresas e das sociedades mundo a fora. Entretanto, a maneira e a intensidade de observar e debater o que seria um ato corrupto nunca foram às mesmas, independentemente do período histórico ou da localização geográfica.

Nesse sentido, o conceito de corrupção pode ser avaliado tanto por diferentes realidades quanto por diferentes óticas como, por exemplo, pela teoria social, econômica, política e pelas legislações criminal, civil e administrativa.² Mesmo não havendo um conceito universal para a corrupção, vale ressaltar que com o fenômeno da globalização, os Estados, as empresas e os indivíduos estão cada vez mais interdependentes, as fronteiras territoriais estão sendo relativizadas e a cooperação internacional está mais presente nos relacionamentos desses entes. Dessa forma, os efeitos negativos que a corrupção traz para os Estados, empresas e sociedades tem aproximado o entendimento do que seriam atos de corrupção.

Com base no exposto, é fácil identificar o primeiro obstáculo para o estudo da corrupção. Ora, se a corrupção é um fenômeno que todos³ querem evitar, por coerência, para combatê-la precisa-se defini-la e posteriormente determinar adequadamente as sanções aplicáveis.

A análise preliminar do que seria a corrupção é importante por dois motivos: i) a existência de diversas culturas e ii) as forças que delimitam o conceito. A diversidade cultural proporciona, em linhas gerais, compreensões

² RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 25.

³ Entende-se que “todos” são aqueles que têm o compromisso com a boa administração do que é público.

sobre o mundo de maneiras bem diferentes e isso provoca assimetrias, no que tange o entendimento do que seria lícito ou ilícito, nos sistemas jurídicos, que por sua vez, inviabiliza o combate efetivo da corrupção quando essas são “exportadas” para outros países. O segundo motivo retrata o “monopólio” da dimensão política no processo de definição conceitual⁴. A dimensão política, naturalmente representante de interesses econômicos e sociais dos mais distintos possíveis, pode causar alguns problemas como a inadequação do conceito de corrupção ao contexto social e a determinação de mecanismos ineficazes de combate e prevenção em favor do bem público.

Apesar de a dimensão política ter o maior poder de decisão, não se exclui do processo de delimitação do conceito a dimensão social. Nessa dimensão é possível coletar informações de acordo com a percepção social do que seria corrupção. Dessa maneira, nota-se que além da corrupção ser definida por influências políticas e sociais, assim como pelos níveis que ela pode ocorrer, ainda é admitida uma análise do grau de percepção e aceitação social da definição legal.

O autor Arnold J. Heidenheimer relaciona a percepção social com a definição legal de corrupção e aponta três tipos: i) a corrupção negra, ii) a cinzenta e iii) a branca. A corrupção negra é aquela que há uma convergência da definição legal com a percepção social, ou seja, é quando os atos compreendidos como corruptos na sociedade é exatamente aquilo que está na norma.⁵

A cinzenta representa uma divergência parcial entre a definição legal e a percepção social sobre a corrupção, o que significa dizer que é quando não existe um consenso sobre o assunto; e por último, a branca é aquela que apresenta uma completa desconexão da sociedade com a norma, isto é, quando a sociedade não aceita a definição legal e se mostra completamente tolerante com os atos eticamente ou criminalmente reprimíveis. A tolerância social da corrupção é extremamente nociva para um país, pois eleva consideravelmente a

⁴ ELLIOT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia mundial*. Brasília: UnB, 2002. p. 259

⁵ HEIDENHEIMER, Arnold J. *Political corruption: readings in comparative analysis*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1970 citado por JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo*: apuntes para un estudio sistematizado. Brasília, p. 23, 2018. p. 3. Tradução nossa.

possibilidade de ocorrência de atos corruptos.⁶ Essa avaliação do grau de percepção e aceitação social é importante, pois é possível, a partir dos resultados, elaborar políticas públicas e mecanismo de disciplina mais eficientes.

É correto afirmar que as ações internacionais para o combate a corrupção têm diminuído as assimetrias conceituais e feito com que a dimensão política fique pressionada para corresponder às exigências domésticas e internacionais, o que proporciona um aumento no grau de decisão da dimensão social. Porém, vale lembrar que nem todos os países fazem parte das convenções internacionais de combate à corrupção e nem todos estados-membros tem garantido um trabalho eficiente e eficaz - ponto que será tratado com mais detalhe neste trabalho.

A convenção anticorrupção do Conselho Europeu define corrupção como o ato de solicitar, oferecer, conceder ou aceitar, direta ou indiretamente, uma comissão ilícita ou outra vantagem indevida, ou a mera promessa, de modo a afetar, de maneira efetiva ou potencial, o exercício de uma atividade ou o comportamento esperado do beneficiário.⁷

Ademais, a Organização das Nações Unidas, o Banco Mundial, a Transparência Internacional e o FMI adotaram praticamente a mesma definição de corrupção, sendo como: o abuso da função pública para ganho pessoal, direto ou indireto.⁸ O fato dessa definição ter como foco o agente público no exercício da sua função, não se pode excluir a ocorrência do abuso de agente privado na iniciativa privada. Logo, tanto o setor público quanto o privado estão sujeitos à corrupção, a nível externo ou interno.

No Brasil podem-se encontrar normas que estão relacionadas aos atos de corrupção. Em essência, no código penal está previsto os crimes de tráfico de influência, advocacia administrativa, corrupção eleitoral, concussão, corrupção

⁶ JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo*: apuntes para un estudio sistematizado. Brasília, p. 23, 2018. p. 3. Tradução nossa.

⁷ JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo*: apuntes para un estudio sistematizado. Brasília, p. 23, 2018. p. 2. Tradução nossa.

⁸ RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 27.

ativa em transação comercial internacional, modificação ou alteração não autorizada de sistema de informação, inserção de dados falsos em sistemas de informações, peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, condescendência criminosa, facilitação de contrabando ou descaminho, corrupção ativa, corrupção passiva, violação de sigilo funcional e prevaricação.⁹

Na lei de licitações e contratos administrativos podem-se citar como exemplos os artigos 89 e 90 que definem como crimes: a) dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade; e b) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.¹⁰

Além do código penal e da lei de licitações e contratos administrativos, a lei de improbidade administrativa e o decreto-lei nº 201/1967 que dispõe sobre os crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores são outros exemplos de atos relacionados a corrupção contra a administração pública direta e indireta. Na figura a seguir apresenta um quadro resumo elaborado pelo Ministério Público Federal sobre a maioria dos crimes que estão relacionadas com os atos de corrupção.

Figura 1: Tipos de corrupção¹¹

⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-normaatualizadape.html>>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹¹ Ministério Público Federal: *Tipos de corrupção*. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/tipos-decorrupcao>>. Acesso em: 19 set. 2018.



Como exposto anteriormente, delimitar o assunto não é a atividade fim do combate à corrupção. Portanto, só determinar os tipos de crimes e suas penalidades está longe de ser um trabalho eficiente de combate à corrupção. Para garantir o êxito é necessário compreender a realidade do problema, isto é, compreender as falhas sociais, políticas e estruturais do Estado no sentido de detectar o que levam as pessoas, empresas e governos a praticarem e/ou a continuarem praticando atos de corrupção.

Existem basicamente dois cenários para a situação anterior: i) quando houver a corrupção endêmica e ii) quando houver a corrupção estruturada. Vale lembrar que a existência de uma corrupção não exclui a da outra, inclusive no Brasil é comum que as duas coexistam. A corrupção endêmica está relacionada diretamente com a formação cultural, moral e ética da sociedade, ou seja, é possível criar um paralelo da prática da corrupção com a experiência brasileira de colonização. Esse tipo de corrupção é sutil e está presente nos

costumes operacionais do cotidiano. O exemplo clássico da corrupção endêmica é o conhecido “jeitinho brasileiro” que é definido como:

Uma engenhosa operação que torna o impossível, possível; o injusto, justo; e o ilegal, legal

[...] o jeitinho é um “genuíno processo brasileiro de resolver dificuldades, a despeito do

conteúdo das normas, códigos e leis”.¹²

O professor Keith S. Rosenn faz ainda uma observação interessante sobre o “jeitinho brasileiro”. Para o professor, o tal “jeito” é a reinterpretção desorganizada das leis, a conscientização dos governos sobre certo grau de descumprimento dos regulamentos e instruções normativas e da criação de uma jurisprudência popular desarmônica com as leis. Em linhas gerais, é constatado que o “jeito” está presente também em outros países como os Estados Unidos, porém a grande diferença observada é que no Brasil o “jeito” virou um instituto paralegal que foi adotado como regra geral para a maioria das situações.¹³

Dessa forma, pode-se constatar que a corrupção endêmica está de certa forma relacionada com a corrupção branca no que tange a desconexão da percepção social com a norma, tal desconexão produz uma adaptação social alheia ao ordenamento jurídico vigente e que por vez gera uma alta tolerância à corrupção.¹⁴ Essa alta tolerância à corrupção provoca cenários desanimadores quanto à descontinuidade dos atos de corrupção.

Sem tentar justificar atos ilícitos ou torná-los lícitos, devemos ressaltar que pode acontecer de certos atos incompatíveis com o ordenamento jurídico serem praticados pelo simples fato de certas normas estarem em desconformidade com a realidade. Esse problema causa transtornos na economia, na geração de emprego, no convívio social e no exercício diário de atividades administrativas, logo, para superar um cenário normativo adverso,

¹² ROSENN, Keith S. *O jeitinho da cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 13.

¹³ ROSENN, Keith S. *O jeitinho da cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 13.

¹⁴ JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo*: apuntes para un estudio sistematizado. Brasília, p. 23, 2018. p. 5. Tradução nossa.

práticas são adotadas para “facilitar” a vida das pessoas, sejam elas práticas que beneficiam o interesse público ou particular.

Nesse sentido, podem-se destacar cinco tipos diferentes da corrupção endêmica:

(1) o servidor público que deixa de cumprir seu dever legal em troca de vantagens pecuniárias ou promoções funcionais...; (2) o particular que emprega um subterfúgio para frustrar a prestação de uma obrigação legal sensata e justa...; (3) o funcionário público que cumpre suas funções com rapidez somente mediante vantagens pecuniárias ou promessa de promoção...(4) o particular que burla uma lei irrealista, injusta ou economicamente ineficiente... e (5) o servidor público que foge do cumprimento de seu dever legal em razão de sua convicção de que a lei é irrealista, injusta ou, economicamente ineficiente...¹⁵

Como se observa, as três primeiras são exemplos clássicos de atos de corrupção, mas as duas últimas, por mais que sejam ilegais, podem ser exemplos da busca de alternativas para resolver problemas causados pela ineficiência do Estado de organizar sua sociedade e sua economia. É certo que as leis não devem ser desrespeitadas, assim como é certo que o Estado tem o compromisso de criar normas coerentes com a realidade, garantir a fiel execução e punir adequadamente. Em caso contrário, o Estado pode se torna indiretamente o principal incentivador da prática de atos corruptos.

O interesse nessa observação sobre o papel do Estado não é a de justificar a prática ilegal e nem de responsabilizar unicamente o Estado como responsável pelos problemas, mas sim trazer um olhar crítico sobre os motivos que levam as pessoas a praticarem atos corruptos. É claro que a busca de alternativas ilegais que não resultam em prejuízo ao interesse público representa uma exceção na infinidade de atos ilegais que trazem prejuízos imensuráveis ao erário. O exercício aqui proposto é a de identificar o maior número de condições e cenários que contribuem para a instalação e permanência de uma cultura corruptiva.

¹⁵ ROSENN, Keith S. *O jeitinho da cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 13 e 14.

Ademais, o segundo cenário que explica a ocorrência dos atos de corrupção é a corrupção estruturada. Diferentemente da endêmica, a estruturada precisa de uma organização complexa e coesa para se instalar. Este tipo de corrupção tem como característica principal a lei do silêncio, *omertà*, isto é, constitui uma organização estruturada no âmbito político e econômico que se relacionam com base no sigilo e nos fortes laços de cooperação em favor da continuidade da corrupção e da impunidade.¹⁶

A corrupção estruturada depende do “sequestro” das unidades de comando do governo em favor do ganho privado. Esse tipo de corrupção tende a ser imensuravelmente mais danosa ao poder público do que a corrupção endêmica, pois com a estrutura montada e em operação os efeitos negativos produzidos à administração pública se retroalimentam produzindo um ciclo vicioso. As consequências da corrupção estruturada são: sequestro da democracia e da política, cooptação de funcionários públicos, financiamento de outras atividades criminosas, formação de oligopólios e monopólios, perda de eficiência econômica, protecionismo, cartelização, degradação dos serviços públicos, crises políticas agudas, golpes de Estados, violação dos direitos humanos e tantas outras. Como se observa, as consequências são profundas não só para um Estado em questão, mas para qualquer outro que esteja na mira da organização criminosa. Para combater esse tipo de organização é necessário elaborar um sistema organizado e eficiente, sendo necessário muitas vezes realizar reformas políticas e econômicas para combatê-las. O combate a essas organizações é complexo, pois o fato delas serem extremamente fechadas torna-as blindadas a investigações externas o que resulta na impossibilidade de se obter informações sobre a prática ou não de atos de corrupção. Essa dificuldade pode ser superada por diferentes formas desde o trabalho eficiente dos serviços de inteligência, dos órgãos de controle e de investigação até o mero vazamento de informações por alguém de dentro da organização.¹⁷

¹⁶ JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo*: apuntes para un estudio sistematizado. Brasília, p. 23, 2018. p. 6. Tradução nossa.

¹⁷ JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo*: apuntes para un estudio sistematizado. Brasília, p. 23, 2018. p. 6. Tradução nossa.

Para concluir as considerações iniciais sobre a corrupção é importante destacar a classificação da corrupção. Na figura a seguir, é apresentada, em linhas gerais, uma representação da escala que a corrupção pode atingir relacionando diferentes agentes.

Figura 2: Classificação da corrupção¹⁸



Como se nota, existem duas classificações: a corrupção pequena e a corrupção grande. Por mais superficial que pareça ser a representação, é interessante observar uma diferença primordial que nem sempre é nítida. A diferença entre as duas corrupções reside no grau de influência do escalão do governo inferior – funcionários não elegíveis, burocratas e membros do judiciário – e superior – políticos.

Dessa maneira, é possível constatar que o nível da corrupção se eleva muito quando há líderes políticos envolvidos. A corrupção pequena é caracterizada pela verificação de requisitos para concessão de licenças,

¹⁸ ELLIOT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia mundial*. Brasília: UnB, 2002. p. 260.

implementação de leis, subsídios para moradia, empregos, bolsa de estudos e impostos, ao passo que a corrupção grande é caracterizada por decisões governamentais, alocação de créditos ou de subsídios industriais, compras de equipamentos bélicos ou de infraestrutura, dentre outras.¹⁹

Por fim, vale ressaltar a interação entre burocratas e políticos. Essa relação por vezes gera uma divisão do suborno com o objetivo de garantir o funcionamento dos negócios da organização criminosa, inclusive para evitar penalizações ou até se livrar de algum processo de investigação ou judicial. Portanto, nota-se que para se combater a corrupção é necessário conhecer muito bem o que é a corrupção e qual é o seu modo de operação para assim ser possível elaborar mecanismos eficientes de combate e prevenção.

2.2 Antecedentes da Lei anticorrupção

O combate à corrupção não é um problema exclusivo do Brasil. Como se sabe, este combate é um fenômeno mundial que foi adotado recentemente por países de grande expressão e que a partir dessa iniciativa se criou um grande movimento contra a corrupção capitaneada por esses países pioneiros e por instituições internacionais. Tal movimento alertou outros países sobre uma nova ordem mundial – pós-guerra fria – em torno da transparência, da adoção de programas de conformidade e integridade e da estabilidade econômica e política com objetivo de se evitar atos de corrupção.

O interesse internacional em outros países para a adoção de mecanismos anticorrupção se justifica pelo fato da corrupção conseguir ser transnacional, isto é, a mesma corrupção pode se instalar em países diferentes, deixando marcas profundas em diversas sociedades, logo, não é sensato declarar guerra à corrupção se não tiver o maior número possível de países envolvidos.

O alerta inicial contra a corrupção foi dado nos Estados Unidos em 1977 com a promulgação da “*Foreign Corrupt Practices Act*” – FCPA. O contexto de sua criação foi o escândalo de corrupção da empresa de aviação *Lockheed* que

¹⁹ ELLIOT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia mundial*. Brasília: UnB, 2002. p. 261.

pagava propinas a mais de 20 anos para agentes públicos da Holanda, Japão e Itália em favor da manutenção ou obtenção de algum negócio. Nesse sentido, o FCPA passou a criminalizar a corrupção de agentes públicos estrangeiro com o objetivo de garantir a livre concorrência e a estabilidade política dos países alvos. Portanto, o FCPA tornou possível responsabilizar empresas, agentes públicos, funcionários, diretores e acionistas de empresas com sede nos Estados Unidos ou que tenham ações cotadas nas Bolsas de valores norte-americanas em qualquer lugar do mundo. Além da responsabilização, o FCPA exige procedimentos rigorosos que garantam transparência e sistema de controle interno eficiente.

No mesmo sentido, no Reino Unido entrou em vigor em 2011 o *UK Bribery Act*. O *UK Bribery Act* tem como objetivo punir a corrupção ativa e passiva de agentes públicos e/ou privados, a corrupção praticada por agente público estrangeiro e punir a empresa que não adota mecanismos de prevenção e combate a corrupção.

Além dos Estados Unidos e do Reino Unido, pode-se citar outros países que adotaram legislações que responsabilizam empresas por atos de corrupção nos três âmbitos: civil, administrativo e penal.²⁰ A seguir algumas legislações adotadas ao longo do tempo:

No Direito Comparado, leis de enfrentamento à corrupção empresarial têm proliferado, merecendo menção, por ordem cronológica, as Leis *Foreign Corrupt Practice Act*, dos Estados Unidos (1977); *EUBestG e IntBestG*, da Alemanha (ambas de 1998); Lei Anticorrupção, da Rússia (2008); *Ley 20.393*, do Chile (2009); *UK Bribery Act*, do Reino Unido (2010); Decreto nº 231/2011, da Itália, e *Ley Federal Anticorrupción em Contrataciones Públicas*, do México (2012).²¹

No caso brasileiro, a inserção ao combate a corrupção é multifacetado, isto é, vários acontecimentos simultâneos contribuíram para que fosse possível o Brasil estar na posição atual de destaque internacional no que tange a

²⁰ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 20.

²¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 14 e 15.

produção legislativa e a participação em investigações. Podese dizer que essa inserção tem início com a Convenção Interamericana contra a corrupção de 1996 e posteriormente com as Convenções da OCDE e das Nações Unidas sobre o combate à corrupção em 1997 e 2003. Apesar de firmar compromissos nas convenções internacionais contra a corrupção – ratificadas respectivamente em 2002, 2000 e 2006 – o Brasil já tinha desde 1940 em sua norma a proibição à prática de atos lesivos contra a Administração Pública, a saber:

i) Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal): define crimes contra a Administração Pública, tais como os crimes de corrupção ativa e de corrupção passiva; **ii)** Lei nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967 (Crimes de Responsabilidade): definem os crimes de responsabilidade; **iii)** Lei nº 8.027/1990 (Normas de Conduta): estabelece o código de ética dos servidores públicos federais; **iv)** Lei nº 8.112/1990 (Lei do Servidor Público Federal): dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais, incluindo seu regime disciplinar; **v)** Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa): dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública; **vi)** Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União): possibilita ao TCU declarar a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até 5 (cinco) anos, de licitação na Administração Pública Federal; **vii)** Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações): institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, contendo um capítulo sobre sanções administrativas e penais relativas a tais atos; **viii)** Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão): institui a modalidade de licitação denominada pregão, estabelecendo sanções administrativas relativas a este ato; **ix)** Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa): dispõe sobre as hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato; **x)** Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC): institui e regulamenta o RDC, contendo uma seção sobre sanções administrativas.²²

Em paralelo a essas normas e aos compromissos internacionais, podem-se destacar algumas mudanças internas que contribuíram para a inserção brasileira no combate a corrupção. Em destaque pode-se citar i) a EC nº

²² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 21

35/2001 que tornou possível processar criminalmente senadores e deputados federais sem a autorização prévia do Congresso Nacional; ii) a criação da TV justiça em 2002 que possibilitou a população ter acesso à informações sobre os grandes julgamentos; iii) a

Ação Penal nº 470, comumente conhecida como “Mensalão”, foi o primeiro grande caso de corrupção envolvendo políticos; iv) as manifestações populares iniciadas em 2013 que tiveram vários motivos como a péssima gestão governamental, os escândalos de corrupção, a alta carga tributária, os serviços públicos com péssima qualidade e a insatisfação com a classe política por causa da votação da PEC nº 37 e v) a aprovação da Lei nº 12.850/2013, a lei das organizações criminosas, que dispõe sobre o que é organização criminosa, os mecanismos de investigação criminal e os meios para obtenção de prova – em destaque a colaboração premiada.²³

É nesse contexto dinâmico que a Lei nº 12.846/2013 entra em vigor em janeiro de 2014. Conhecida como a Lei anticorrupção – LAC – ela tem como objetivo a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, isto é, de acordo com o artigo 5º, a intenção é proteger o patrimônio público nacional ou estrangeiro, os princípios da administração pública – “Limpe” – e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil – as convenções da OCDE, ONU e OEA.²⁴

3 A LEI Nº 12.846/13: PREVENÇÃO E COMBATE A CORRUPÇÃO BRASILEIRA

Como se viu anteriormente, a Lei anticorrupção tem como foco a responsabilização objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas, isto é, ela

²³ JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo: apuntes para un estudio sistematizado*. Brasília, p. 23, 2018. p. 11 e 12. Tradução nossa.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

não responsabiliza penalmente a pessoa jurídica e é por esta razão que não existe a definição de crimes, mas sim de infrações administrativas. Nesse sentido, a lei pode aplicar a responsabilização objetiva quando i) for praticado um ato lesivo contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, no território brasileiro, tanto por empresa brasileira quanto por empresa estrangeira com sede, filial ou representação no Brasil, ii) for praticado atos no exterior contra a Administração Pública brasileira²⁵ e iii) for praticado atos lesivos por empresa brasileira contra a Administração Pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.²⁶

Portanto, se uma empresa brasileira praticar um ato lesivo contra a Administração Pública estrangeira no exterior, a empresa poderá ser responsabilizada civil e administrativamente tanto no Brasil quanto no país estrangeiro pela legislação local.

A lei define que a Administração Pública estrangeira são os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.²⁷ Ademais, a lei equipara à Administração Pública estrangeira as organizações públicas internacionais e ainda estabelece quando se considera a figura do agente público estrangeiro.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para s fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder

²⁵ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 27.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.²⁸

Quando se fala em Administração Pública nacional está se referindo à administração pública direta e indireta, ou seja, os poderes executivo, legislativo e judiciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, respectivamente.

Em resumo, sofrerá responsabilização objetiva civil e administrativa as pessoas jurídicas que atentarem contra a administração pública direta e indireta nacional ou contra a Administração Pública estrangeira como definidas na forma da lei. Essas pessoas jurídicas que podem ser responsabilizadas objetivamente são identificadas como:

[...] às sociedades empresariais e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.²⁹

Vale ressaltar que a aplicação de multa, publicação extraordinária da condenação e a inclusão no Cadastro Nacional de Empresas Punidas e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas não afasta a pessoa jurídica da responsabilização judicial, isto é, poderão ser aplicadas de acordo com o artigo 19 as sanções, de maneira isolada ou cumulativamente, de perdimento dos bens, direitos ou valores decorrentes de vantagem ou proveito obtidos pelas infrações, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a

²⁸ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos governamentais.³⁰

Além disso, de acordo com o artigo 3º, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilização individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Ressaltando que, os dirigentes e administradores serão responsabilizados na medida da sua culpabilidade, isto é, de maneira subjetiva. Ademais, é independente a responsabilização da pessoa física para com a pessoa jurídica. Como se sabe, a responsabilização da pessoa jurídica é objetiva, pois independe da responsabilização individual da pessoa física, bastando apenas à comprovação do nexo de causalidade.

A LAC ainda prevê uma responsabilização solidária e uma por sucessão. A solidária está expressa no artigo 4º, § 2º da seguinte maneira:

As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato,

as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.³¹

De acordo com o artigo 275 do Código Civil, a exigência do pagamento da multa e a reparação integral do dano causado poderá ser cobrado, parcial ou total, de um, alguns ou de todos os devedores. Para a responsabilização por sucessão, a LAC prevê no artigo 4º, § 1º que:

Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto

³⁰ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³¹ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.³²

Como observado, a LAC previu a necessidade de abranger outros tipos de responsabilização afim de garantir o pagamento da multa, a reparação integral do dano e a descontinuidade da conduta ilícita das pessoas físicas. Sobre as pessoas físicas é importante lembrar que a responsabilização subjetiva não depende apenas do nexos de causalidade, mas também da comprovação de ação ou omissão, negligência ou imprudência para o ato lesivo. Ademais, o objeto da LAC não é a pessoa física, portanto, a responsabilização individual da pessoa física seguirá o processo específico da legislação que couber.³³

Para que haja a responsabilização objetiva da pessoa jurídica é preciso que ela pratique atos lesivos a Administração Pública nacional ou estrangeira que atentem contra o patrimônio público, os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nesse sentido, a lei estabelece como atos lesivos:

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; 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.³⁴

É importante notar que é cabível responsabilização em caso de mera promessa ou oferta, direta ou indireta, de vantagem indevida a agente público, isto é, a lei não estabelece que a oferta precisa ser aceita para tipificar como ato

³² BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³³ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 36.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

lesivo ou não. Ainda sobre esse assunto, a LAC estabelece, no que se refere as licitações e contratos, como atos lesivos:

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 equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.³⁵

Para a aplicação das sanções da responsabilização administrativa é observada a gravidade das infrações e as especificidades do caso concreto, podendo ser aplicadas de maneira isolada ou cumulativamente. Ademais, a aplicação das sanções de multa que varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício em referência a instauração do processo administrativo e da publicação extraordinária da decisão condenatória não se exclui a obrigação de reparação integral do dano causado. Vale lembrar ainda que o valor da multa nunca será menor que a vantagem adquirida, quando esta for possível ser mensurada, e quando não for possível calcular o faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será limitada entre R\$ 6.000,00 e R\$ 60.000.000,00, de acordo com o artigo 22 da LAC.

Ainda nesse sentido, é importante destacar que as sanções aplicadas sobre os atos lesivos relacionados a licitações e contratos da LAC não exclui a aplicação das sanções da Lei nº 8.666/1993 – licitações e contratos, da Lei nº 12.462/2011 – regime diferenciado de contratações públicas – e da Lei nº 8.429/1992 – improbidade administrativa.

³⁵ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Como exposto anteriormente, para a responsabilização administrativa poderão ser aplicadas as sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória de maneira isolada ou cumulativamente sem prejuízo a obrigação de reparação integral do dano. Além disso, essas mesmas sanções poderão ser aplicadas por meio de um processo judicial quando houver omissão da autoridade administrativa competente. Já as responsabilizações judiciais são poderão ser aplicadas por meio de processo judicial, valendo a mesma regra da obrigação de reparação integral dos danos causados.

A responsabilização judicial poderá ser ajuizada pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelo Ministério Público para a aplicação das sanções determinadas no artigo 19 da LAC. Além disso, o Ministério público poderá aplicar sanções de multa e publicação extraordinária se houver omissão das autoridades competentes para aplicar a responsabilização administrativa³⁶

Quando houver indícios de possível ocorrência de ato lesivo na forma da Lei anticorrupção, competirá à autoridade máxima da entidade, quando for sobre a administração pública indireta, e ao Ministro de Estado, quando for sobre órgão da administração pública direta, instaurar e julgar o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR – a fim de se identificar atos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Quando for de ciência da autoridade competente para instaurar o processo administrativo, ela decidirá: i) pela abertura de investigação preliminar, ii) pela instauração de PAR ou iii) pelo arquivamento da matéria.

Esta competência é de ofício ou mediante provocação, garantidos o contraditório e a ampla defesa. O artigo 3º do Decreto nº 8.420/2015 ainda estabelece que a competência para instaurar e julgar o PAR poderá ser delegada, sendo vedada a subdelegação. Ademais, o referido Decreto estabelece o prazo mínimo para a defesa, o prazo para conclusão da investigação, a forma como as investigações serão realizadas, o cálculo das multas, o prazo para

³⁶ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 58.

cumprimento das sanções e sobre os encaminhamentos para outras instâncias em caso de verificação de outros atos ilícitos que a lei não dispõe.

Segundo o artigo 13 do Decreto nº 8.420/2015, a Controladoria-Geral da União – CGU – possui, no âmbito do Poder Executivo Federal, competência concorrente para instaurar e julgar o Processo Administrativo de Responsabilização e competência exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.³⁷

Dessa maneira, pode ocorrer a instauração simultânea do PAR, isto é, a instauração do processo pela autoridade máxima da entidade ou do órgão da administração direta e pela CGU. Este é um detalhe importante, pois a lei não estabelece expressamente as regras de condução do processo administrativo em caso de instauração simultânea.

No mesmo sentido, é possível fazer uma interpretação sobre a competência da CGU nos processos instaurados avocados. A lei não deixa explícito que a CGU poderá julgar tais processos, porém é perfeitamente compreensível interpretar que aquele que instaura ou avoca também poderá julgar. Inclusive pode-se fundamentar com base na Lei nº 10.683 pela qual dispõe sobre a organização do Poder Executivo Federal, pois ela estabelece que cabe a CGU promover a aplicação da penalidade administrativa,³⁸ assim como pode-se fundamentar com base no que dispõe o artigo 13, II do Decreto nº 8.420/2015 quando estabelece que a CGU tem competência para examinar a regularidade dos processos ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive, promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.³⁹

³⁷ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública,

³⁸ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informe sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 41 e 42.

³⁹ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Em complemento, o Decreto nº 8.420/2015 ainda estabelece que a CGU poderá exercer a qualquer momento as competências, anteriormente discutidas, quando apresentar qualquer das seguintes situações:

I- caracterização de omissão da autoridade originalmente competente; II – inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; III – complexidade, repercussão e relevância da matéria; IV – valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou V – apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.⁴⁰

Com base no exposto, pode-se constatar que a ocorrência da instauração simultânea do PAR pela autoridade máxima competência e pela CGU fica ainda mais fácil de acontecer. Sem entrar no mérito sobre os benefícios e prejuízos da instauração simultânea do PAR, vale registrar que independentemente do custo-benefício é necessário estabelecer regras bem definidas sobre a instauração do processo administrativo no que tange a sua simultaneidade.

Em complemento, está expressa dentro do PAR a desconsideração da pessoa jurídica quando esta utilizar com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a práticas dos atos ilícitos ou provocar confusão patrimonial. Ademias, todos os efeitos das sanções aplicadas por essa conduta aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, garantindo o contraditório e a ampla defesa. Portanto, a lei estabelece que a desconsideração da pessoa jurídica poderá ocorrer sem autorização judicial, isto é, apenas por meio do processo administrativo.⁴¹

Sobra à aplicação das sanções, a lei estabelece a regras bem delimitadas. Nesse sentido, a aplicação das sanções deverá levar em consideração:

⁴⁰ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

I – a gravidade da infração; II – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III – a consumação ou não da infração; IV – o grau de lesão ou perigo de lesão; V – o efeito negativo produzido pela infração; VI – a situação econômica do infrator; VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica e IX – o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.⁴²

Para fins de aplicação da multa, o Decreto 8.420/2015 estabelece que a multa deverá ser calculada, obedecendo critérios específicos, levando em consideração a possibilidade de aumentá-la ou diminuí-las com o objetivo de se aplicar um valor adequado. Os critérios estabelecidos são:

I – a continuidade dos atos lesivos no tempo; II – a tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica; III – a interrupção ou fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada; IV – a situação econômica do infrator; V – a reincidência do infrator; e VI – os valores dos contratos; VII – a não consumação da infração; VIII – a comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa; IX – o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência; X – a comunicação espontânea pela pessoa jurídica acerca da ocorrência do ato lesivo; e XI – a comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade (*compliance*).⁴³

Além desses critérios, deverá ser respeitada aplicação máxima da multa em 20% do faturamento bruto do último exercício da pessoa jurídica anterior à instauração do PAR e ela nunca deverá ser menor que a vantagem adquirida, quando for possível fazer a sua estimação. Ademais, caso a pessoa jurídica tenha cooperado com a apuração das infrações, por meio de acordo de leniência, estará garantida a redução da pena.

⁴² BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴³ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015. p. 43 e 44.

Ao que se refere ao programa de integridade, *compliance*, o Decreto nº 8.420/2015 estabelece que o *compliance* consiste em:

[...] no âmbito da pessoa jurídica, um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra administração pública, nacional ou estrangeira.⁴⁴

A adoção de um programa de integridade recai na própria responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Ora, se a responsabilização é objetiva então não existe a necessidade de comprovação de culpa ou dolo, cabe apenas à comprovação do nexo de causalidade. Nesse sentido, para se evitar que a pessoa jurídica sofra responsabilização objetiva pela prática de atos lesivos a administração pública nacional por empregados, dirigentes e diretores é necessário implementar um programa de integridade eficiente para tentar detectar e sanar desvios de conduta e atos ilícitos.

Para garantir o mínimo de comprometimento, o Decreto nº 8.420/2015 estabeleceu parâmetros para comprovar a existência e a eficiência do programa de integridade. Os parâmetros são:

I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII – procedimentos

⁴⁴ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.⁴⁵

Ainda nesse sentido, o § 3º desse mesmo artigo do Decreto estabelece que não se exigirá o cumprimento dos incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV, para fins de avaliação, as microempresas e empresas de pequeno porte. Ademais, o § 5º ressalta que poderá haver redução dos parâmetros de avaliação por meio de ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da CGU. O referido ato que flexibiliza as exigências do Decreto nº 8.420/2015 é a Portaria Conjunta nº 2.279/2015.

Em continuidade, a lei estabelece o instituto do acordo de leniência que é consiste em um acordo firmado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e as pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos a

⁴⁵ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Administração Pública, inclusive os previstos na Lei nº 8.666/1993 e em outras normas relacionadas a licitações e contratos administrativos.

Como exposto, o acordo de leniência é firmado apenas com a pessoa jurídica, ou seja, não se estende o instituto e os possíveis benefícios a pessoa física. Dessa maneira, o que se pretende com o referido acordo é o de identificar os demais envolvidos na infração administrativa e a obtenção célere de informações e documento que comprovem a infração sob apuração.⁴⁶

Vale ressaltar que a pessoa jurídica que quiser firmar o acordo de leniência deverá ser a primeira a manifestar interesse, todas as contribuições deverão constituir fato novo para a investigação, ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo, admitir sua participação na infração administrativa, cooperar plenamente e permanentemente com as investigações e comparecer, sempre que solicitado, aos atos processuais, até o seu encerramento, além de fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.⁴⁷

O Decreto nº 8.420/2015 estabelece que a CGU é a autoridade competente, no Poder Executivo Federal, para celebrar acordos de leniência. Portanto, a CGU não tem competência para celebrar acordos de leniência nos demais poderes, cabendo à autoridade máxima competente celebrá-los. Além disso, o fato da pessoa jurídica não atuar sozinha, a celebração do acordo será feita por meio de seus representantes legais ou por meio de procuradores com poderes específicos. No artigo 26 da LAC estabelece os representantes de cada pessoa jurídica que podem celebrar acordos de leniência, a dizer:

- i) as sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; ii) a pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou

⁴⁶ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴⁷ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública,

administrador de sua filial agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.⁴⁸

Ademais, a celebração de acordo de leniência não exclui a obrigação de reparar integralmente o dano causado, não exclui a responsabilização da pessoa física. Em caso de descumprimento do acordo a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novos acordos de leniência por 3 anos, a contar da data do conhecimento da Administração Pública do descumprimento.⁴⁹ Visto isso, vale ressaltar os benefícios do acordo de leniência que poderão ser obtidos.

i) a isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; ii) a isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, iii) redução do valor final da multa aplicável – até redução de 2/3, ou iv) isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, ou outras normas de licitações e contratos.⁵⁰

O inciso IV estabelece um benefício o tanto quanto questionável, porém este ponto será tratado com mais detalhe a diante. Por fim, examinado todos os pontos relevantes da Lei nº 12.846/2013, é possível realizar uma análise crítica sobre a aplicação da norma no contexto em que ela se insere a fim de contribuir com o efetivo combate a corrupção.

4 OBSERVAÇÕES RELEVANTES À LEI ANTICORRUPÇÃO

4.1 Aspectos sociais e estruturais da corrupção

A primeira observação relevante sobre a Lei anticorrupção se assenta no problema cultural e estrutural da corrupção brasileira. Como exposto

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵⁰ BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018

anteriormente, a corrupção pode ser endêmica ou estruturada, podendo inclusive coexistir. Nesse aspecto, a Lei anticorrupção trouxe modificações importantes ao ordenamento jurídico que visa romper o ciclo vicioso da corrupção que afeta tanto a Administração Pública nacional quanto a estrangeira. Pode-se citar como a principal modificação ao ordenamento jurídico a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Como visto, a responsabilização objetiva da LAC não é pena, mas sim civil e administrativa.

Dessa maneira, o primeiro problema a ser destacado é o fato de o Brasil ter demorado aproximadamente 13 anos para elaborar a Lei anticorrupção, mesmo com compromissos internacionais assumidos por meio da Convenção Interamericana e a Convenção da OCDE, ratificadas em 2002 e 2000, respectivamente. Esse fato revela um questionamento importante sobre o porquê da demora legislativa e quais foram os motivos para os legisladores se mobilizarem para elaboração da Lei nº 12.846/2013.

Não se pretende responder essa questão, mas sim de estimular o olhar crítica para acontecimentos interpretados de certa forma como benéficos para o bem público. Sendo assim, vale relembrar que os motivos para a definição do que seria atos corruptos esbarra em um trabalho extremamente delicado, complexo e cheio de interesses. É natural afirmar que o legislador é um ser humano como outro qualquer que tem suas convicções e interesses particulares que muitas vezes são descobertos por acaso ou por meio de uma investigação criminal, fato que não é raro de se encontrar na realidade brasileira.

Dito isto, também é importante relembrar que a LAC surgiu em um contexto muito dinâmico em que estavam acontecendo modificações importantes no ordenamento jurídico e o cenário político estava completamente desfavorável por conta dos escândalos de corrupção. Estas situações aliadas com as insatisfações com os serviços públicos, com a péssima administração da coisa pública e com a economia regredindo, produziu uma série de manifestações populares em 2013 que cobrava por mudanças profundas.

Dessa forma, a demora na produção legislativa da Lei anticorrupção pode estar associada aos fatores anteriormente explicados, como a existência de uma corrupção endêmica e estrutura no alto escalão da política brasileira, em especial no Poder Executivo. Ademais, é fácil compreender no atual cenário a existência de uma cultura da corrupção ou até mesmo a criação de uma instituição da propina que tem como objetivo garantir vantagens ilícitas e detrimento do erário. Esta afirmação se justifica depois vivenciar o envolvimento de Ministros de Estado, Deputados Federais e Senadores em megaprocessos de corrupção.

4.2 Da responsabilização civil e administrativa

A segunda observação está especificamente na responsabilização das pessoas jurídicas. O processo para se apurar e punir as empresas adota pela LAC é outra inovação no ordenamento jurídico, pois integra duas responsabilizações, administrativa e judicial, para se punir o mesmo ato ilícito. Dessa maneira, um mesmo ato lesivo, nos moldes da LAC, gera dois processos para se aplicar as sanções de responsabilidade administrativa e judicial, ou seja, para um mesmo ato lesivo a Administração Pública, nacional ou estrangeira, haverá um processo administrativo e outro judicial respaldados pela mesma Lei.

O problema dessa situação é que pode ocorrer uma incompatibilidade nas decisões, isto é, a pessoa jurídica pode, pelo mesmo ato lesivo praticado, ser condenada judicialmente, mas absolvida administrativamente ou ainda, ser condenada administrativamente, com as sanções já cumpridas e ter a absolvição judicial.⁵¹

Em contraposição a esse modelo, a LAC estabelece que o Ministério Público poderá, por meio de uma ação judicial, aplicar as sanções de responsabilização administrativa, se a autoridade máxima competente se

⁵¹ NUNES BERTONCINI, M. E. S.; FERREIRA, D. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 44, p. 451-474, jul. 2016. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=121460001&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 461.

demonstrar omissa. Esta previsão que concede ao Ministério Público, por meio de uma ação judicial, a possibilidade de aplicar as sanções administrativas comprova que o atual processo para se apurar e punir as pessoas jurídicas é dispensável.⁵²

4.3 A principal falha da lei anticorrupção

Para a última observação se constata um maior problema para a aplicação eficiente da LAC. Este problema é a não previsão legal de uma jurisdição administrativa, isto é, a falta de uma autoridade central para se julgar os processos administrativos. Esta observação é interessante, pois no Brasil não parece ser a falta de legislação que proporciona a ocorrência de atos ilícitos, mas sim a ineficiência da aplicação da lei. Portanto, não resta dúvida que deixando a cargo de regulamentações nos três níveis governamentais para se adotar um processo administrativo para apurar e punir pessoas jurídicas não se sustenta como a forma mais eficiente.

No cenário brasileiro se tem a União, 26 Estados, o Distrito Federal e 5561 Municípios, todas, sem citar a administração indireta de todos os níveis governamentais. Com este cenário é impossível que se garanta uma eficiente aplicação da Lei anticorrupção, pois muitos Municípios não têm capacidade técnica e financeira para combater as pessoas jurídicas que praticam atos lesivos contra a Administração Pública. Ademais, é importante ressaltar que, no tange a responsabilização administrativa, a competência de apurar e julgar poderá ser delegada, sendo vedada a subdelegação, ou seja, além dos problemas estruturais ainda tem a incerteza de quem será a autoridade competente.⁵³ Ademais, é importante observar que a possível impunidade gerada pelos

⁵² NUNES BERTONCINI, M. E. S.; FERREIRA, D. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 44, p. 451-474, jul. 2016. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=121460001&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 461 e 462.

⁵³ NUNES BERTONCINI, M. E. S.; FERREIRA, D. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 44, p. 451-474, jul. 2016. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=121460001&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 463.

problemas aqui mencionados poderão favorecer a manutenção dos atos de corrupção.

Outro ponto que merece atenção é a novamente a existência da corrupção endêmica e estruturada no alto escalão do governo, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Se faz importante essa observação, pois a ocorrência da corrupção é necessária o envolvimento da parte pública com a privada, ou seja, se o Poder Executivo, independentemente da esfera governamental, estiver corrompido, então não faz sentido atribuir a competência de se apurar e punir os atos lesivos a Administração Pública que eles mesmos estão praticando.⁵⁴

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acontecimentos internacionais e nacionais anteriores a elaboração da Lei anticorrupção foram os melhores possíveis para que fosse construído mecanismos de combate a corrupção eficientes. Desde os escândalos de corrupção nos Estados Unidos e a criação do “*Foreign Corrupt Practices Act*”, as Convenções internacionais sobre o combate a corrupção, a adoção de legislações específicas por parte de outros países e os escândalos de corrupção no Brasil que expôs todo um esquema bem elaborado e profundo deram as melhores condições e tipos de experiências para que a corrupção no Brasil tivesse problemas para se instalar e se perpetuar.

O combate a corrupção no Brasil nunca foi e nunca será resolvido efetivamente por meio de Lei. A Lei anticorrupção trouxe importantes novidades ao ordenamento jurídico, mas sem a devida regulamentação, por exemplo dos Municípios, e a realização de mudanças pontuais o combate a corrupção ficará apenas no papel e nas boas intenções.

Nesse sentido, além de promover mudanças como rever o processo de responsabilização para que não haja incoerências nos julgados de uma mesmo

⁵⁴ NUNES BERTONCINI, M. E. S.; FERREIRA, D. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 44, p. 451-474, jul. 2016. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=121460001&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 464.

ato lesivo a Administração Pública, nacional ou estrangeira, é também necessário avaliar o custo-benefício de não se abranger a pessoa física no acordo de leniência, pois parece certo afirmar que o regramento atual não fornece o melhor cenário para que a pessoa física, representante da pessoa jurídica, colabore da maneira forma para o Poder Público.

Ademais, é possível afirmar que apesar das inovações que a LAC trouxe para o ordenamento jurídico, a lei não atingiu o seu potencial, pois a sua aplicação necessita de muitos fatores que não depende da lei. Tais fatores podem ser traduzidos como a vontade política e administrativa das autoridades máximas competentes de cada nível governamental. Esta afirmação pode ser justificada com a atual posição do Brasil no ranking de países menos corruptos do mundo. O Brasil está na 96^o posição, 17 posições a mais em comparação ao ano de 2016.⁵⁵

REFERÊNCIAS

AURELIO AMARAL, M.; DOS SANTOS, O. M. Efeito no preço das ações de empresas punidas por corrupção no âmbito do FCPA. *Revista Universo Contábil*, v. 13, n. 2, p. 109–129, abr. 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=124797955&lang=ptbr&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, 19 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 201*, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del0201.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940->

⁵⁵ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de percepção da corrupção 2017: Brasil caiu da 79^o para 96^o posição no ranking mundial. 2018. Disponível em: <<https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868normaatuizada-pe.html>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.846*, de 1 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública na administração direta, indireta ou funcional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Ministério Público Federal. Estudo técnico n. 1/2017. Quinta Câmara de Coordenação e Revisão, p. 131, 2017.

_____. Ministério Público Federal. *Medidas anticorrupção*: sumário executivo. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/sumario_executivo.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Ministério Público Federal. *Medidas anticorrupção*. Disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao-versao-201506-25.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Ministério Público Federal. *Nota técnica n. 02/2018*. Quinta Câmara de Coordenação e Revisão (Combate a corrupção), p. 8, 2018.

_____. Ministério Público Federal. *Tipos de corrupção*. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/tipos-de-corrupcao>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Informativo sobre a lei anticorrupção*. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, p. 88, 2015.

DE ABREU, Natália Martins. Intervenção do Estado na economia através da lei anticorrupção 12.846/2013. *Revista do Direito Público*, v. 11, n. 1, p. 245-248.

DE CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à lei nº 12.846/2013 – lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2014.

DELL, Gillian; MCDEVITT, Andrew. *Progress report 2018: assessing enforcement of the OECD anti-bribery convention*. Transparency International, 2018. Disponível em: <http://files.transparency.org/content/download/2318/14294/file/2018_Report_ExportingCorruption_English.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018

ELLIOT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia mundial*. Brasília: UnB, 2002.

JANOT, Rodrigo. *Corrupción y Desarrollo: apuntes para un estudio sistematizado*. Brasília, p. 23, 2018.

JOÃO MARCELO REGO MAGALHÃES. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira. *Revista Controle*, v. 11, n. 2, p. 24-46, 2013. Disponível

em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.1e534fa887b49698d2a0f677d739d4d&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>>. Acesso em: 10 set. 2018.

KÜNG, Hans. *Uma ética global para a política e a economia mundiais*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

MOHALLEM, Michael Freitas *et al.* *Novas medidas contra a corrupção*. Rio de Janeiro: FGV direito, 2018. Em parceria com a Transparência Internacional Brasil. Disponível em: <https://unidoscontraacorrupcao.org.br/assets/pdf/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

NACIONES UNIDAS. *Examen de la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*. San Petersburgo, 2015. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1505823s.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

NUNES BERTONCINI, M. E. S.; FERREIRA, D. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 44, p. 451-474, jul. 2016. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=121460001&lang=ptbr&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018.

OGLOBO. Falta de regulamentação emperra lei anticorrupção. O Globo (Brasil). 29 jul. 2014. p. 1. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=broglobo.txt378414&lang=ptbr&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Lei anticorrupção: procuradores também criticam regulamentação. *O Globo* (Brasil), p. 1, 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=brogl-obotxt403389&lang=ptbr&site=ehost-live>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Brasil sobe em ranking internacional de combate à corrupção pela primeira vez. *G1 Globo*, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/09/12/brasil-sobeem-ranking-internacional-de-combate-a-corrupcao-pela-primeira-vez.ghtml>>. Acesso em: 19 set. 2018.

RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 205, p. 87-105, mar. 2015.

ROSENN, Keith S. *O jeitinho da cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANEN, Claudia; DONEGÁ, Guilherme. *Integridade e empresas no Brasil*. São Paulo: Transparência Internacional Brasil, 2018. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/assets/files/conhecimento/relatorio-executivo.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Transparência e relatórios corporativos: as 100 maiores empresas e os 10 maiores bancos brasileiros*. São Paulo: Transparência Internacional Brasil, 2018. Disponível em: <<http://transparenciacorporativa.org.br/TI-TRAC-2018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de percepção da corrupção*. Transparência Internacional Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/s/IPC-2017-RELATORIO-GLOBAL.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Índice de percepção da corrupção 2017: Brasil caiu da 79ª para 96ª posição no ranking mundial. 2018. Disponível em: <<https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Transparência em relatórios corporativos*. Transparência Internacional Brasil, 2018. Disponível em: <<http://transparenciacorporativa.org.br/trac2018/#>>. Acesso em: 10 set. 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Las personas y la corrupción: américa latina y el caribe*. Barómetro Global de la Corrupción. 2017. Disponível

em:<https://www.transparency.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_america_latina_y_el_caribe>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Operation car wash task force*. 2016. Disponível em:
<https://www.transparency.org/getinvolved/awardwinner/operation_car_wash_task_force>. Acesso em: 10 set. 2018.

O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

THE PRINCIPLE OF FREE COMPETITION IN PUBLIC BIDDING WITHIN THE SCOPE OF THE ANTICORRUPTION LAW

Fernanda Alves Gomes Guerra¹

RESUMO

O princípio da livre concorrência está estipulado no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal de 1988, fundamenta-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado. A obediência de tal princípio é primordial no que se atribui às licitações públicas, pois visa garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública e evita o monopólio de determinadas empresas licitantes, que por reiteradas vezes conseguem obter vantagem indevida para permanecer com o monopólio de mercado, em conluio com certos administradores públicos. Tal ato de corrupção viola a competitividade dos agentes privados concorrentes e lesiona o erário. A lei Anticorrupção prevê a importância do princípio da livre concorrência e possui métodos para evitar, punir com rigor e educar, os agentes responsáveis por atos de corrupção, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas.

Palavras-chave: Princípio da Livre Concorrência. Licitações Públicas. Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

The principle of free competition is stipulated in item IV of art. 170 of the Federal Constitution of 1988, is based on the assumption that competition can not be restricted or subverted by economic agents with market power. Compliance with such a principle is paramount in what is attributed to public bids, since it seeks to ensure the selection of the most advantageous bid for the public administration and avoids the monopoly of certain bidding companies, which repeatedly obtain an undue advantage to remain with the monopoly in collusion with certain public administrators. Such an act of corruption violates the competitiveness of competing private agents and damages the treasury. The

¹ Advogada, Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB, aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

Anti-Corruption Law establishes the importance of the principle of free competition and has methods to prevent, punish with rigor and educate the agents responsible for acts of corruption, whether these individuals or legal entities.

Keywords: Principle of Free Competition, Public Tenders, Anti-Corruption Law.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o preconizado na Constituição Federal de 1988, no artigo 170, IV, a

livre concorrência trata-se de um dos princípios corolários da ordem econômica brasileira, complementar à livre iniciativa. Tal princípio é de suma importância para garantir a liberdade da exploração da economia, bem estar social e econômico, bem como o equilíbrio de mercado.

Assim sendo, José Borges da Fonseca assevera que “concorrência significa liberdade

de competir de forma correta e honesta, não se admitindo embaraços artificiais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial.”².

Ocorre que no concernente às Licitações Públicas, o que têm-se observado é a violação do princípio da livre concorrência, com práticas de vantagem indevida às empresas que objetivam o monopólio de mercado. A limitação da livre concorrência de alguns licitantes em detrimento de outros, nota-se por exemplo pela exigência em editais de certames licitatórios que extrapolam o exigido em lei.

Nesse diapasão, a lei anticorrupção configura como ato de corrupção no aspecto das

licitações e contratos administrativos, dentre outros requisitos para tal configuração, o impedimento da competitividade. Os agentes que visam frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente,

² FONSECA, José Julio Borges. Direito antitruste e regime das concentrações empresariais. Atlas: Paulo, 1997. p. 29.

o caráter competitivo de procedimento licitatório público³ estão sujeitos às penalidades da referida lei.

Nesse aspecto, as penas variam entre multa de 6 (seis) mil reais até a dissolução compulsória da empresa. No que tange às pessoas físicas envolvidas nos processos de corrupção a responsabilidade recai não só aos atos praticados por executivos ou colaboradores da empresa, mas inclusive aos atos praticados por terceiros, em proveito próprio, como fornecedores e despachantes, ainda que a empresa não tenha ciência.

2 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Princípio da Livre Concorrência encontra-se elencado no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, capítulo I, pertencente aos princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal de 1988, que estipula-se no Art. 170, o seguinte:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...];

IV - livre concorrência; ⁴

Tal princípio juntamente com os princípios da soberania nacional (inciso I), propriedade privada (inc. II), função social da propriedade (inc IV), defesa do consumidor (inc. V), defesa do meio ambiente (inc. VI), redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII), busca do pleno emprego (inc. VIII) e tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração do País (inc. IX), visam a

³ BRASIL. Lei nº 12.846, 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/L12846.htm. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁴ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 17 setembro 2018.

promoção da justiça social, bem como a preservação da dignidade da pessoa humana e o bem-estar social.

Os valores descritos no parágrafo anterior, quais sejam, promoção da justiça social, preservação da dignidade da pessoa humana e o bem-estar social integram-se ao desenvolvimento econômico da iniciativa privada, com a liberdade de exercício de uma determinada atividade econômica.

A livre concorrência é interligada ao princípio da isonomia, uma vez que pauta-se na igualdade de condições, sem favorecimentos, com exceção ao tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte, conforme previsão do inciso IX, artigo 170, da Constituição Federal, que proporciona uma busca pelo equilíbrio econômico, com a finalidade de proporcionar grande parte dos empregos em todas as regiões do país.

Acerca da livre concorrência, Fernando Facury Scaff pontua:

[...] a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir livre-concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre-concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre-concorrência, não apenas sua inação (exercício de liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.⁵

Ainda de acordo com a igualdade de condições e expertise das atividades econômicas, Maria de Fátima Ribeiro aduz:

A livre concorrência significa a garantia de que tais atividades econômicas serão exercidas de modo a que as habilidades de cada um determinem o seu êxito ou o seu insucesso, não podendo o Estado, em princípio, favorecer

⁵ SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência. In: Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. coord. Hugo de Brito Machado. Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006, p. 110-111.

ou desfavorecer artificialmente este ou aquele agente econômico. É importante destacar que a livre concorrência não permite uma concorrência ilimitada e desregrada entre os diferentes agentes econômicos.⁶

O exercício de uma atividade econômica cujo objetivo é exclusivamente o lucro, não se coaduna com o princípio da livre concorrência, bem como dos demais princípios elencados no art. 170 da CF/88. Os agentes econômicos devem objetivar, além do lucro, à produção, circulação de bens e serviços com atuação sem embaraços juridicamente plausíveis, com a garantia de oportunidade de competição justa no mercado.

3 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

No âmbito das licitações públicas, a infringência do princípio da livre concorrência, obsta a melhor proposta para administração pública nos contratos administrativos. Com razoável frequência, o Tribunal de Contas da União apura indícios de limitação da livre concorrência nos editais de licitações públicas, que podem causar danos, muitas vezes irreversíveis ao patrimônio público.

A exemplo pode-se citar as exigências demasiadas para habilitação de licitantes nos editais públicos de licitação que ultrapassam o estipulado na lei 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, visando a limitação das exigências de qualificação técnica e econômica “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” entre os requisitos de habilitação nos processos licitatórios.

Deste modo, evidencia-se o caráter exaustivo do rol de documentos para habilitação, quando o legislador utiliza-se dos termos “exclusivamente” (art. 27, caput, lei 8.66/93) e “limitar-se-à” (art. 30, caput e 31, caput, da Lei 8.666/93.

⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da Tributação no Desequilíbrio da Livre Concorrência. in: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiger; QUEIROZ, Mary Elbe; RIBEIRO, Maria de Fátima. Novos Horizontes da Tributação: um Diálogo Luso-Brasileiro: Coimbra: Almedina, 2012, p. 259.

Tal limitação tem como objetivo evitar a restrição da competitividade dos certames.

A respeito do descrito acima, o Tribunal de Contas da União - TCU, manifestou-se diversas vezes. No item 9.2.1, do Acórdão 5.508/2009 - 2ª Câmara, o Tribunal determinou a Prefeituras Municipais, que, em licitações envolvendo recursos federais, “atenham-se ao rol de documentos para habilitação definido nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93, sem exigir nenhum elemento que não esteja ali enumerado.”⁷

No mesmo sentido, no item 9.1.2, Acórdão 1.745/2009 - Plenário, o TCU estabeleceu a uma entidade federal que “abstenha-se de exigir das licitantes interessadas como condição de habilitação documentos não previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93”.⁸

De modo idêntico, o Tribunal no Acórdão 1.731/2018 - Plenário, determinou a um órgão federal que “abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei” .⁹

Na mesma linha de raciocínio, a doutrina de Marçal Justen Filho, ratifica a questão da exaustividade, *in verbis*:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação TCU 04126820121. Relator: Aroldo Cedraz. Data de Julgamento: 16/04/2013. Disponível em <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315873112/4126820121?ref=juris-tabs> > Acesso em 24 setembro 2018.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação TCU 04126820121. Relator: Aroldo Cedraz. Data de Julgamento: 16/04/2013. Disponível em <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315873112/4126820121?ref=juris-tabs> > Acesso em 24 setembro 2018.

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação TCU 04126820121. Relator: Aroldo Cedraz. Data de Julgamento: 16/04/2013. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315873112/4126820121?ref=juris-tabs>>. Acesso em 24 setembro 2018.

poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.¹⁰

De outra banda, ainda observa-se em editais de licitações com a Administração Pública, exigências não previstas na lei de licitações, como é o caso da “declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento”, como condição para habilitação de licitante, que extrapola, deste modo, o insculpido nos arts. 27 a 31, da Lei 8.666/93, e no Decreto 5.450/2005, obstando caráter competitivo inerente às licitações.

Neste sentido assevera o Tribunal de Contas da União:

(...)

7. Conforme jurisprudência desta Corte, a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante, carece de amparo legal, por extrapolar o que determinam os arts. 27 a 31, da Lei 8.666/93, e 14 do Decreto nº 5450/2005. 8. Essa exigência pode ter caráter restritivo e ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, por deixar ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame. Nesse sentido, as seguintes decisões: Decisão 486/2000 e Acórdãos 808/2003, 1670/2003, 1676/2005, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 2056/2008, do da 2ª Câmara, dentre outros.¹¹

Conforme o exposto acima, é vasto o entendimento do TCU que as exigências demasiadas nos certames licitatórios, ultrapassam o previsto em legislação específica e impedem a justa competição entre os licitantes, infringindo, deste modo, o princípio constitucional da livre concorrência.

4 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO - LICITAÇÕES E CONTRATOS

Em relação a desobediência ao princípio da livre concorrência nos certames licitatórios, de empresas que obtém vantagem indevida junto a

¹⁰ FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed., Paulo: Dialética, 2005, p. 306.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1805/2015. Plenário. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Sessão de 22/07/2015. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*KEY:JURISPRUDENCIA-SELECCION A DA-17060/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1> Acesso em: 20 setembro 2018.

Administração Pública, a exemplo pode-se citar a “compra” de editais com exigências demasiadas que apenas determinada empresa as detenham, como explicitado no item anterior. A Lei Anticorrupção promulgada em agosto de 2013, Lei 12.846/13, também se manifestou a respeito do assunto.

Ocorre que determinadas empresas aliam-se a certos administradores públicos, pagam propina para capturar mercado e capturam mercado para pagar propina e assim sucessivamente, transformando-se em um círculo vicioso. Essas ações garantem o monopólio dos contratos administrativos na área de interesse destas e impedem a concorrência justa de outras empresas.

A despeito do assunto a lei anticorrupção configura como atos de corrupção odescrito em seu artigo 5º, incisos I, II e III:

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;

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

- comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;¹²

No que se refere ao ato de corrupção no âmbito das licitações e contratos públicos, o impedimento da livre concorrência, é o primeiro a ser pontuado, de acordo com o que verifica-se no artigo 5º, inciso IV da lei em referência:

IV - no tocante a licitações e contratos:
Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer

¹² BRASIL. Lei nº 12.846, 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/L12846.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; 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 manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.¹³

Note-se que a violação do princípio da competitividade (princípio da livre concorrência), tem relação específica com o dolo do agente privado e interdependência com o exercício dos chamados cartéis (monopólios) das licitações e contratos administrativos. Assim sendo, resta nítido o desrespeito não só ao princípio da livre concorrência, mas inclusive ao direito ao desenvolvimento nacional frente às ações monopolizadas das empresas licitantes.

Sobre a matéria tem-se o estudo:

No campo das contratações públicas, os cartéis impedem que o Estado empregue recursos para o atendimento de outras necessidades da população, posto que a fixação de preços excessivos e artificiais faz com que os recursos públicos, que poderiam ser aplicados em outras políticas públicas, sejam direcionados para a maximização dos lucros do empresariado. Com essas condutas, tem-se uma violação ao dever de desenvolvimento nacional, que se apresenta como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso II, da CRFB); por isso se torna imperioso o estudo da formatação de procedimentos licitatórios, que possam diminuir as possibilidades de se configurarem esses acordos ilícitos entre concorrentes.¹⁴

¹³ BRASIL. Lei nº 12.846, 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/L12846.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

¹⁴ Cf. FREITAS. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, p. 169-204.

Nesse diapasão, para que se controle os atos de corrupção no tocante às licitações públicas, faz-se essencial que os gestores públicos responsáveis por tais controles, averigue se a aplicação da ampla concorrência nos certames encontra-se devidamente procedida, sob a análise, inclusive, siga as recomendações da extinta Secretaria de Direito Econômico - SDE, órgão integrante do Ministério da Justiça com atuação de forma investigativa, de monitoramento dos mercados, mediante instauração e instrução de processos administrativos, que propôs para aferição da violação da livre concorrência nos certames licitatórios, conforme o seguinte:

1. Se as propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras;
2. Se certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação;
3. Se há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro;
4. Se existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações;
5. Se existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas;
6. Se alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos;
7. Se o valor das

Propostas se reduz significativamente quando um novo concorrente entra no processo (provavelmente não integrante do cartel);

8. Se um determinado concorrente vence muitas licitações que possuem a mesma característica ou se referem a um tipo especial de contratação;
9. Se existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações;
10. Se os Licitantes vencedores subcontratam concorrentes que participaram do certame; se os Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio.¹⁵

Nessas circunstâncias, verifica-se a importância da obediência ao princípio da Livre Concorrência tanto no desenvolvimento econômico, quanto no que tange às licitações públicas. Tal princípio faz-se necessário para adequação do equilíbrio das contas públicas, visto que o poder público pode contratar propostas mais eficientes. A corrupção no seio da administração

¹⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção - Reflexões e interpretações prospectivas. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

obsta os concorrentes de boa-fé e lesa o erário. Com o advento da Lei Anticorrupção, consta-se a importância do cumprimento dos princípios da administração pública e economia do Estado.

A Lei Anticorrupção (lei 12.326/13) detecta às práticas configuradas como corrupção nas licitações e contratos públicos, de pessoas jurídicas, que impedem a livre concorrência e lesam a Administração Pública e estipulou severas sanções, na tentativa de coibir infrações e ilegalidades envolvendo empresas brasileiras.

Assim sendo, as sanções com premissa na Lei 12.846/2013 podem variar entre a aplicação de multa de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, sendo possível, ainda, o ajuizamento de ação para perdimento de bens, direitos ou valores obtidos com a infração, suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa ou a dissolução compulsória da sociedade.

Por fim, faz-se mister a identificação dos atos de corrupção no âmbito dos certames licitatórios que infringem o princípios da moralidade, impessoalidade e da isonomia em tais procedimentos para adoção das medidas estipuladas na Lei Anticorrupção com sanções para responsabilização da pessoa jurídica sem exclusão da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, conforme dispõe o art. 3º, Lei: 12.846/2013.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o explanado ao longo do texto, o Princípio da Livre Concorrência

faz-se primordial para o desenvolvimento econômico do País. A afronta de tal princípio causa abuso e prejuízos a ordem econômica. No que relaciona-se ao âmbito da Administração Pública, o desrespeito à livre concorrência nos certames licitatórios causam danos lesivos ao Poder Público provenientes,

muitas vezes, de atos de corrupção dos agentes que almejam monopólio de mercado.

Nessa perspectiva, para a figura dos atos de corrupção no tocante às licitações e contratos dispostos nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “f” do inciso IV do artigo 5º da referida lei é indispensável comprovação do dolo específico do agente em violar o princípio da competitividade das licitações.

Diante de todo o exposto, é nítido a preocupação do Poder Público em enfrentar e criar meios para conter as intensas práticas de corrupção no Brasil. O objetivo cristalino da lei anticorrupção, deste modo, não se limita à restauração do patrimônio público lesado, mas inclusive, na punição civil dos infratores, tendo por finalidade última inibir a prática de comportamentos dilapidadores do bem comum e promover a moralização no trato da coisa pública.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 setembro 2018>. Acesso em 20 de set. de 2018.
- BRASIL. Lei nº 12.846, 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/L12846.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1805/2015. Plenário. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Sessão de 22/07/2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia/#/detalhamento/12/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-17060/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1> Acesso em: 20 setembro 2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação TCU 04126820121. Relator: Aroldo Cedraz. Data de Julgamento:16/04/2013. Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315873112/4126820121?ref=juris-tabs>> Acesso em 24 setembro 2018.

Cf. FREITAS. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 169-204.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 306.

FONSECA, José Julio Borges. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. Atlas: São Paulo, 1997. p. 29.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção - Reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da Tributação no Desequilíbrio da Livre Concorrência. in: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiger; QUEIROZ, Mary Elbe; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Novos Horizontes da Tributação: um Diálogo Luso-Brasileiro*: Coimbra: Almedina, 2012, p. 259.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência. in: *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006, p. 110-111.

A AMPLITUDE DA APLICABILIDADE DAS SANÇÕES DE
SUSPENSÃO, INIDONEIDADE E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E
CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE
SOBRE O ARTIGO 87 DA LEI Nº 8.666/93 E O ARTIGO 7º DA LEI
Nº 10.520/02

*THE AMPLITUDE OF THE APPLICABILITY OF THE PENALTIES OF
SUSPENSION, INIDONEITY AND IMPEDIMENT OF BIDDING AND
CONTRACTING WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS
OF ARTICLE 87 OF LAW 8666/93 AND ARTICLE 7 OF LAW 10520 / 02*

Filipe Borges Marra¹

RESUMO

O presente trabalho aborda a análise do artigo 87, incisos III e IV, da Lei 8.666/1993 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública) e do artigo 7º, da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão). Ambos os institutos versam sobre as sanções administrativas no âmbito das licitações públicas federais. A discussão aborda o questionamento sobre a incidência da aplicação da sanção de suspensão na participação em licitações e da declaração de inidoneidade a empresas que cometem desvios de conduta em certames realizados em outros Órgãos ou Poderes do Estado ou nos contratos deles decorrentes. A redação da Lei de licitações, quando comparada à da Lei do Pregão, apresenta uma distinção quanto ao uso destas penalidades. Além disso, existe uma divergência de entendimento entre o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Conta da União (TCU) no tocante a esses institutos. O primeiro sustenta a tese de que a limitação dos efeitos da suspensão de participação em licitações não pode ficar restrita ao órgão do Poder Público, devendo se estender a qualquer órgão da Administração Pública. Já o segundo, entende que a suspensão temporária de licitar aplica-se apenas ao órgão contratante, enquanto que a declaração de inidoneidade produz efeitos a toda a Administração Pública. Dessa forma, será realizada uma análise da natureza das sanções administrativas nos contratos públicos, além de uma verificação aos

¹ Engenheiro Mecatrônico formado pela Universidade Federal de Uberlândia; Técnico Judiciário – Área Administrativa no Superior Tribunal de Justiça (STJ); Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* – Novas Tendências do Direito Público – do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, SEPN 707/907 – Asa Norte – Brasília – DF; Bolsista do Programa: Bolsas de Pós-Graduação STJ, que é regido pela Instrução Normativa STJ/GDG N. 16 de 10 de julho de 2015. *E-mail:* bmarra@stj.jus.br. Telefone: (61)9.8380-0454

dispositivos legais já mencionados. Por fim, serão incluídas as jurisprudências e entendimentos dos mencionados Órgãos Federais.

Palavras-chave: Lei nº 8.666/1993. Lei nº 10.520/2002. STJ. TCU.

ABSTRACT

The present work deals with the analysis about the article 87, items III and IV, of Law 8,666 / 1993 and about the article 7, of Law 10,520 / 2002. Both institutes deal with administrative sanctions in the context of federal public bids. The discussion addresses the question about the incidence of the application of the sanction of suspension in the participation in bids and of the declaration of unworthiness to companies that have committed deviations from conduct in competitions held in other State Agency or the other Powers. The drafting of laws, when compared, makes a distinction as to the use of these penalties. In addition, there is a divergence of understanding between the Superior Court of Justice (STJ) and the Court of Audit of the Union (TCU) regarding these institutes. The first one supports the thesis that the limitation of the effects of the suspension of participation in public bids cannot be restricted to the Public Authority, and should extend to any public administration agency. The second, it understands that the temporary suspension of bidding applies only to the contracting agency, while the declaration of unfairness creates effects to the entire Public Administration. In this way, an analysis will be made of the nature of administrative sanctions in public contracts, as well as a verification of the legal provisions cited above. Finally, the jurisprudence and understandings of the aforementioned Federal Agencies will be included.

Keywords: 8.666/1993. Lei 10.520/2002. STJ. TCU.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a discussão acerca das sanções administrativas passíveis de aplicação nos termos das Leis nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), principalmente quanto à divergência na amplitude da aplicação da pena de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública. O cerne da discussão está na conceituação concebida pelo artigo 6º da Lei de Licitações e

Contratos, quanto à distinção entre as expressões “Administração Pública” e “Administração”. A primeira expressão possui abrangência mais ampla, abarcando toda a Administração Pública e todos os Poderes da União,

Estados, Distrito Federal e Municípios, enquanto que a segunda expressão remete apenas ao órgão ou entidade aplicador da sanção.

Existem alguns problemas advindos desta classificação, conforme serão demonstrados a seguir.

Primeiramente, o inciso III do artigo 87, da Lei nº 8.666/93² trata da suspensão de licitar e contratar com o próprio órgão ou entidade aplicadora da sanção, caso a contratada execute parcialmente ou não execute o contrato firmado com o Poder Público. A Lei nº 10.520/2002³, em seu artigo 7º, trata do mesmo impedimento de licitar e contratar nos casos de descumprimento contratual ou legal, porém no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim, percebe-se que a Lei do Pregão estabelece um espectro maior de abrangência da sanção do que a Lei de Licitações e Contratos.

Dessa forma, constatam-se diferentes entendimentos na doutrina e também na jurisprudência brasileira, principalmente do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), divergências de entendimento. O primeiro órgão possui acórdãos primando pela literalidade da legislação, enquanto o segundo órgão possui julgados nos quais entende que a pena aplicada deve ser mais restritiva em prol da segurança nas contratações.

No decorrer do trabalho, também serão abordadas as justificativas para a existência de sanções em contratos administrativos, com o fundamento de autores conceituados do Direito Administrativo, bem como os acórdãos e julgados dos órgãos mencionados.

² Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

³ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Por fim, conclui-se com a visão do administrador, e quais as dificuldades e consequências que surgem quando ele se depara com esse tipo de situação.

2 CLÁUSULAS EXORBITANTES E PRINCÍPIOS BASILERES DO DIREITO PÚBLICO

O estudo dos contratos administrativos baseia-se no arcabouço legislativo do Direito Administrativo e nas prerrogativas existentes no campo do Direito Público. Os acordos firmados pela Administração são em parte regidos pelo regime jurídico de direito público, que é derogatório e exorbitante do direito comum.

Sendo esses contratos típicos da Administração, eles sofrem a incidência de normas especiais de direito público, e só lhes são aplicadas de forma supletiva as normas de direito privado. Em última análise, é o regime jurídico que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

Como característica, esses acordos devem possuir finalidade pública, seguir as formalidades prescritas em lei, ser elaborados e executados de acordo com procedimentos legais e ter natureza de contrato de adesão. Além disso, é necessário que tenham natureza *intuitu personae*, sendo mutáveis e possuindo cláusulas exorbitantes.

2.1 Cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes são conferidas à Administração Pública e provocam um desnivelamento entre o Poder Público e o particular. Tais prerrogativas decorrem de um longo período de evolução do Direito Administrativo e são sustentadas por princípios que visam proteger os interesses da coletividade frente ao particular.

Qualificando essa discussão, Nádia Batista⁴ traz uma fundamentação histórica do surgimento das cláusulas exorbitantes. Elas surgiram nos tempos do absolutismo e eram fundamentas pela imperatividade e pela coercitividade. Porém, com o passar do tempo, houve um avanço na definição dessas prerrogativas, as quais passaram a se sustentar no interesse público, que busca maior eficiência na prestação dos serviços públicos à sociedade por meio da atuação nos Estados Democráticos de Direito.

Di Pietro⁵, em sua obra, conceitua as cláusulas exorbitantes como aquelas que seriam incomuns ou ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra, colocando o Poder Público em posição de supremacia sobre o contratado, atraindo outro princípio à causa (supremacia do interesse público). Existem, porém, estudos contemporâneos que questionam a aplicação destas cláusulas exorbitantes nos contratos firmados com a administração. Fernando Aquino⁶ desenvolveu um estudo sobre a relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nos contratos públicos, colacionando autores que criticam a aplicação dessas prerrogativas por entenderem que, nos dias atuais, deve existir uma flexibilização das prerrogativas e das cláusulas exorbitantes face às problemáticas nos campos da eficiência e da segurança.

2.2 Os princípios que sustentam as cláusulas exorbitantes

Existem alguns princípios que embasam a utilização das Cláusulas Exorbitantes nos contratos administrativos, conforme demonstrado a seguir.

2.2.1 Princípio do interesse público

⁴ BATISTA, Nadia Cristina. Contrato da Administração pública com enfoque nas cláusulas exorbitantes. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 61-75, out. 2017.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ AQUINO, Fernando Henrique Franco de. A “relativização” da supremacia do interesse público: análise da ampliação da incidência da teoria das obrigações civis aos contratos administrativos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 55-79, mar./ago. 2017.

O princípio do interesse público está previsto na Lei nº 9.784/99⁷, em seu artigo 2º, *caput*, e especificado no parágrafo único, inciso II: “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

Diante desse princípio surgiram outros dois: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público, basilares do Direito Administrativo, e que dão sustentação às chamadas cláusulas exorbitantes.

Di Pietro⁸ retrata o princípio da supremacia pública como inspirador e vinculante, pois inspira o legislador quando da elaboração de leis e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. Ademais, ele possui como objetivo principal superar o individualismo e colocar o interesse público acima dos individuais.

Aliado a ele, acerca do princípio da indisponibilidade do interesse público, Celso Antônio Bandeira de Melo diz que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. E continua dizendo que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”.

Presentes de forma indireta na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), esses dois princípios são os pilares das cláusulas exorbitantes que estão contempladas no artigo 58 do referido instrumento legal e são dispositivos capazes de gerar um desequilíbrio no contrato firmado com a contratada, com o objetivo de resguardar os interesses da Administração

⁷ BRASIL. Lei Nº 9.784, de 24 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em: 17/09/2018.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Pública de eventuais infrações que podem ocorrer durante a execução dos serviços contratados.

Dentre essas cláusulas, o presente trabalho abordará o inciso IV do mencionado artigo 58, que diz respeito à aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste firmado.

2.2.2 Princípio da Moralidade

Descrito no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, e na Lei de Licitações e Contratos, em seu artigo 3º, *caput*, este princípio está diretamente relacionado às sanções aplicadas pela Administração Pública em situações nas quais ocorrem fraudes nos contratos ou nas licitações públicas.

O princípio pauta-se em padrões éticos, exigindo comportamento honesto e dentro da lei pelo administrador. Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ o define da seguinte maneira:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos presáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

Nota-se que todo o processo licitatório, desde o seu início, até a execução do que foi contratado, deve pautar-se nos comportamentos éticos, tendo tanto o administrador quanto a contratada o dever de agir de forma honesta.

A falta de moralidade administrativa pode afetar vários aspectos da atividade da Administração. A ausência desse princípio pode implicar em atos de improbidade, causando prejuízos ao erário.

As cláusulas exorbitantes existem para garantir à Administração que os seus contratos firmados com particulares sejam cumpridos da melhor forma possível, resguardando o Poder

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 541

Público de prejuízos que venham a ser causados por falhas ou fraudes na execução dos contratos. Dito isto, é importante observar a grandeza de se realizar um processo de licitação de maneira ética e honesta.

2.2.3 Princípios do devido processo legal, Princípio da ampla defesa e Princípio do contraditório

Para cada uma das sanções existe também o direito à ampla defesa e o contraditório, previstos no *caput* do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, sendo também exigência constitucional, presente no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal¹⁰.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O princípio constitucional do devido processo legal, além da garantia da ampla defesa e do contraditório, deve ser sempre observado pela Administração na aplicação das sanções, evitando arbitrariedades que possam ferir o patrimônio e a liberdade do particular.

O administrador, ao aplicar qualquer sanção ao particular, deve observar as formas instrumentais adequadas, dentre elas a publicidade do processo, a proibição de produção de provas ilícitas, a imparcialidade do julgador, a motivação das decisões, a duração razoável do processo, dentre outros, evitando assim que ocorram injustiças na apuração dos atos cometidos.

Ressalta-se que as sanções administrativas possuem um capítulo especial na Lei de Licitações, a Seção III (Das Sanções Administrativas), que prevê a aplicação de multa em casos de atraso na execução dos serviços. Para o caso de inexecução total ou parcial do contrato, o texto legal prevê que a Administração poderá aplicar as penalidades de advertência, multa, suspensão temporária de licitar e contratar, além de declarar a contratada como inidônea para licitar.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17/09/2018.

2.2.4 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos

Intimamente ligado ao princípio da eficiência (Art. 37, caput, CF/88), o princípio da continuidade dos serviços públicos é consequência lógica de que os serviços públicos não podem sofrer interrupções. Este princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa, uma vez que o interesse público não guarda adequação com descontinuidades e paralisações na Administração.

As cláusulas exorbitantes visam, também, assegurar que os serviços contratados não sofram interrupções que possam prejudicar os trabalhos a Administração. Para evitar a paralisação de obras e serviços, é vetado ao particular contratado, dentro de certos limites, opor em face da Administração a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)¹¹.

Apesar de tudo isso, o princípio em tela não pode ser considerado absoluto, embora deva ser tido como regra geral. Existem certas situações em que tal princípio é excepcionado, permitindo a paralisação temporária da atividade, nos casos de expansão para melhoria dos serviços, necessidade de proceder a reparos, porém sempre observando o princípio do interesse público.

3 ANÁLISE DOS ARTIGOS 87 DA LEI Nº 8.666/1993 E 7º DA LEI Nº 10.520/2002, DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Passa-se agora para o escopo central do artigo, qual seja, a análise dos artigos 87, da Lei nº 8.666/93 e do artigo 7º, da Lei nº 10.520/02, corroborado com a verificação da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

3.1 Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993

Para a discussão ora proposta, é necessário analisar primeiramente o artigo 6º, incisos XI e XII da Lei nº 8.666/93.¹², que possui conceitos

¹¹ Possibilidade de rescisão por atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes já recebidos ou executados.

¹² BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm>. Acesso em: 17/09/2018.

fundamentais quem embasam a análise do artigo 87, incisos III e IV da mesma lei.

No artigo 6º encontra-se a diferenciação entre os conceitos de “Administração” e “Administração Pública”:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

- Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

- Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

O artigo 87 daquele diploma legal trata das sanções a serem aplicadas às contratadas quando do descumprimento dos instrumentos pactuados:

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

(...)

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

- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Esse artigo aborda duas possíveis sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento do contrato. A primeira delas, a suspensão temporária, é tratada no trabalho de Marina Dantas¹³ como uma sanção que possui caráter educativo, visando inibir os contratados de cometerem falta que já lhes renderam punições. A segunda, declaração de inidoneidade, formaliza uma

¹³ DANTAS, Marina Bicalho. Licitação, de impedimento de contratar com a administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública: distinções, efeitos e aspectos polêmicos. Bahia: JAM Jurídica, ANO XVII, n.º 7, jul. 2012.

realidade fática, a de que o particular não reúne condições de inidoneidade necessárias para ser contratado pela Administração.

Nesses incisos, as penalidades propostas possuem dois tipos de abrangências, que são definidas no artigo 6º, inciso XI, como Administração Pública. Primeiramente, a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas. O segundo conceito apresentado no artigo citado é o de Administração como órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

Nota-se que esta diferenciação impacta diretamente na aplicação das sanções estudadas. Enquanto que a suspensão temporária e impedimento de contratar incide no âmbito apenas da Administração, ou seja, no âmbito do órgão que aplicou tal penalidade, a sanção de declaração de inidoneidade tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, o que significa que a empresa é considerada inidônea num universo mais amplo, ou seja, para todos os outros órgãos e entidades da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, e entidades por eles instituídas, fundadas ou ainda sob o controle do poder público.

3.2 Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002

Analisando o artigo 7º, da Lei do Pregão¹⁴, é possível vislumbrar que:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SicaF, ou nos sistemas de

¹⁴ BRASIL. Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 17/09/2018.

cadastro de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

O artigo trata da aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Além disso, no artigo 9º desta lei, é verificado que se aplicará de forma subsidiária a Lei 8.666/93.

Nota-se então, uma contradição entre os dois dispositivos legais quanto à abrangência da aplicação da sanção de impedimento/suspensão de licitar e contratar quando da inexecução total ou parcial do contrato.

3.3 Doutrina

O presente trabalho fundamentou-se na análise das principais doutrinas acerca do tema. Assim, para a autora Di Pietro¹⁵, o artigo 87 da Lei de licitações e contratos adota uma terminologia diversa ao se referir à Administração Pública, podendo se inferir que o alcance das penalidades ocorre de forma diferente. Entende-se, portanto, que no caso do inciso III deste artigo, a penalidade ocorre no âmbito do próprio órgão que a estabeleceu.

Em artigo escrito à Revista Zênite, Carine Rebelo¹⁶ traz em seu texto o entendimento de Marçal Justen Filho, cujas palavras diferem da autora Di Pietro, ao entender que o regramento não possui consistência e que deveria ser mais detalhado quanto ao assunto:

Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa. pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo 'Administração'. enquanto o inc. IV contém 'Administração Pública'. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência. ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. ¹⁶ REBELO, Carine. O âmbito de abrangência da suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar e da declaração de inidoneidade. Revista Zênite: ILC Informativo de licitações e contratos, v. 12, n.136, p. 518-524, jun. 2005.

circunscrever os efeitos da 'suspensão de participação de licitação' a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar 'suspensão'. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.

No mesmo sentido de Marçal, José dos Santos Carvalho Filho¹⁶ escreve em sua obra não haver diferença entre os conceitos abordados no artigo 6º, incisos XI e XII da Lei de Licitações e Contratos. Cita-se o trecho sobre o qual é feita a referência:

Na verdade, não conseguimos convencer-nos, *data venia*, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6.º [incisos XI e XII], já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeita-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é uma, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura.

Assim, entende-se que a redação ora utilizada pelo legislador foi infeliz ao utilizar conceitos diferentes para a Administração Pública. Ressalta-se ainda que o próprio legislador ao editar a Lei do Pregão utilizou do sentido extensivo para a aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar com os entes federativos. Ora, se a contratada concorreu com inadimplemento

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

contratual, afetando assim o interesse público, esse mesmo princípio impediria que a empresa participasse de outros certames licitatórios, sob o receio de estarem, os outros entes federativos, sujeitos a um novo inadimplemento. Dessa forma é que se sustenta essa tese extensiva da aplicação da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública.

3.4 Jurisprudência

O TCU entende que a suspensão temporária de licitar e contratar produz efeitos somente em relação ao órgão contratante, ao passo que a declaração de inidoneidade produz efeitos em relação a toda a Administração Pública, conforme acórdãos elencados:

A previsão contida em edital de concorrência no sentido de que o impedimento de participar de certame em razão de sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 limita-se às empresas apenadas pela entidade que realiza o certame autoriza a classificação de proposta de empresa apenada por outro ente da Administração Pública federal com sanção do citado comando normativo, em face da inexistência de entendimento definitivo diverso desta Corte sobre a matéria.¹⁷

A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou.¹⁸

A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.¹⁹

Analisando a problemática, o STJ, guardião da legislação infraconstitucional, já atestou não ter propósito a diferenciação entre Administração e Administração Pública, constante da Lei 8.666/93. Dessa forma, em três julgados, adotou postura contrária à do TCU, entendendo que:

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras

¹⁷ Acórdão nº 2.218/2011 – Plenário. Acórdão n.º 902/2012-Plenário, TC 000.479/2012-8, rel. Min. José Jorge, 18.4.2012.

¹⁸ Acórdão nº 3243/2012-Plenário, TC-013.294/2011-3, redator Ministro Raimundo Carreiro, 28.11.2012.

¹⁹ Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.

(suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.²⁰ A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública. pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.²¹

A Administração Pública é uma, sendo, apenas, descentralizada o exercício de suas funções. A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.²³

Esse contraste existente entre as jurisprudências citadas mostra como o tema é sensível. O TCU, adota uma postura de analisar a literalidade da legislação, enquanto o STJ a interpreta a Administração Pública como uma e portanto não reconhece a diferenciação imposta pelo legislador.

4 CONCLUSÃO

Ainda que o legislador tenha realizado uma diferenciação no artigo 6º da Lei nº 8.666/93 entre Administração e Administração Pública, é possível notar uma fragilidade quanto à aplicação pelo legislador das sanções estabelecidas,

²⁰ REsp 151567 / RJ - SEGUNDA TURMA - STJ - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, em fev. de 2003.

²¹ REsp 174274/SP - SEGUNDA TURMA - STJ - Relator: Ministro CASTRO MEIRA, em out. de 2004.

²³ RMS 9707-PR - SEGUNDA TURMA - STJ - Relatora: Ministra LAURITA VAZ, em set. de 2001.

justamente por constar do artigo 7º da Lei nº 10.520/02, conceitos distintos para a mesma penalidade proposta.

Tal fragilidade é notada nos entendimentos do TCU e STJ. O primeiro optou pela literalidade da lei de licitações, enquanto o segundo utilizou da contradição legislativa para adotar o posicionamento mais restritivo de aplicação da penalidade entendendo ser esse o que mais resguardaria a Administração de eventuais fraudes nas licitações.

Se por um lado adotar-se o entendimento do STJ, há mais a aplicação da penalidade, causando a desclassificação de empresas sancionadas. Porém, caso seja adotado o entendimento corrente do TCU, pode-se resultar na contratação de empresas que foram sancionadas em outras esferas de poder, pelo cometimento de fraude em licitação, sendo possível que comprometa sensivelmente a lisura da execução dos contratos a serem firmados pelo contratante, com empresas declaradamente inidôneas.

Como o gestor está vinculado à defesa do interesse público, a decisão a respeito da participação de empresas sancionadas com a pena de suspensão dos direitos de licitar e contratar com a Administração deve ser minuciosamente analisada, haja vista que, independentemente da escolha feita, o administrador está sujeito a passar por situações recursais, ora da empresa que teve seus direitos negados, ora das demais empresas participantes do certame, e todas elas embasadas na legislação e jurisprudências.

Dessa forma, é indispensável que haja uma uniformidade acerca do entendimento a ser adotado pelos administradores, especialmente em face da necessidade de se evitar que ocorram injustiças no processo decisório da Administração Pública no tocante à aplicação de penalidades contratuais e objetivando pacificar as relações jurídicas nas licitações e para prover mais segurança jurídica aos executores da lei.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Fernando Henrique Franco de. A “relativização” da supremacia do interesse público: análise da ampliação da incidência da teoria das obrigações civis aos contratos administrativos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 55-79, mar./ago. 2017.

BATISTA, Nadia Cristina. Contrato da Administração pública com enfoque nas cláusulas exorbitantes. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 61-75, out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17/09/2018.

BRASIL. Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 17/09/2018.

BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm>. Acesso em: 17/09/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 151567/RJ (1997/0073248-7). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=681878&num_registro=199700732487&data=20030414&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18/09/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 174274/SP (1998/0034745-3). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1503741&num_registro=199800347453&data=20041122&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18/09/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 9707/PR (1998/0030835-0). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=53853&num_registro=199800308350&data=20020520&formato=PDF>. Acesso em: 18/09/2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Informativo de Licitações e Contratos N.º 102. Sessões: 18 a 18 de abril de 2012. Acórdão nº 2218/2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>. Acesso em: 17/09/2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Informativo de Licitações e Contratos N.º 147. Sessões: 27 a 28 de novembro de 2002. Acórdão nº

3243/2012. Disponível em:

<<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-econtratos.htm>>. Acesso em: 17/09/2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Informativo de Licitações e Contratos N.º 134. Sessões: 9 a 10 de abril de 2013. Acórdão nº 842/2013. Disponível em:<<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-econtratos.htm>>. Acesso em: 18/09/2018.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; AZEVEDO, Euro Sabino. Suspensão Temporária de Participação em Licitação e Impedimento de Contratar com a Administração: Abrangência Nacional da Penalidade. Revista Juris Plenum Direito Administrativo – Ano V – número 17, mar. de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PIOVESAN, Filipe da Silva. A nova lei das estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a lei geral de licitações. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, p. 77-97, jul./ago. 2017.

DANTAS, Marina Bicalho. Licitação, de impedimento de contratar com a administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública: distinções, efeitos e aspectos polêmicos. Bahia: JAM Jurídica, ANO XVII, n.º 7, jul. 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 541

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014.

REBELO, Carine. O âmbito de abrangência da suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar e da declaração de inidoneidade. Revista Zênite: ILC Informativo de licitações e contratos, v. 12, n.136, p. 518-524, jun. 2005.

CORRUPÇÃO: UM PROBLEMA DE DECISÃO ORGANIZACIONAL, PAPEL DO ESTADO OU RESULTADO DA AÇÃO HUMANA?

CORRUPTION: A PROBLEM OF ORGANIZATIONAL DECISION, ROLE OF THE STATE OR RESULT OF HUMAN ACTION?

Gisele Mota Ramos¹

RESUMO

Este artigo apresenta uma reflexão de como, no mundo globalizado, as tomadas de decisões nas esferas privada e pública se encontram com a corrupção. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica provocando uma reflexão sobre o cenário que pressiona as organizações privadas para um mercado altamente competitivo. Também foi estudado como a corrupção é caracterizada e pode ser identificada em seus diversos níveis, seguida de uma análise dos conflitos que envolvem as decisões das organizações privadas e, por fim, uma perspectiva atuação do ser humano como elemento do processo de corrupção. A conclusão a que se chega é que independentemente de ferramentas ou políticas de combate à corrupção, o ser humano precisar estar no centro do processo para que haja mudança.

Palavras-chave: corrupção, vantagem competitiva, decisões, ação humana.

ABSTRACT

This article presents a reflection on how, in the globalized world, decision-making in the private and public spheres is related to corruption. A bibliographical research was carried out provoking a reflection on the scenario that presses the private organizations to a highly competitive market. It was also studied how corruption is characterized and can be identified at its various levels, followed by an analysis of the conflicts that involve the decisions of private organizations and, finally, a human performance perspective as an

¹ Mestre em Economia Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-graduada em Marketing pela ESPM. Graduada em Direito e Administração de Empresas pelo UniCEUB. Atua como gestora de educação corporativa. Foi professora no curso de graduação e pós-graduação nas disciplinas de Gestão Empreendedora, Gestão de Serviços Públicos, Direito Administrativo e Fundamentos de Marketing. Especialista em projetos complexos por Havard Business School e especialista em estratégia e política pela Escola Superior de Guerra – ESG, Brasília-DF.

element of the corruption process. The conclusion is that, irrespective of tools or anti-corruption policies, the human being needs to be at the center of the process for change.

Keywords: corruption, competitive advantage, decisions, human action.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de alta competitividade, de globalização e do surgimento da chamada “era exponencial”, as empresas buscam maior eficácia e a obtenção de uma vantagem competitiva que as diferenciem em seus respectivos mercados. Ao mesmo tempo, o capitalismo que alavancou a economia durante décadas já não é mais o mesmo, pois a sociedade se manifesta de uma nova forma. O cenário exige que a administração adote novos padrões de comportamento por uma economia com resultados positivos a partir do conceito de *vantagem construtiva* minimizando prejuízos e maximizando o valor autêntico, sustentável e significativo das coisas². Esse conceito possui uma vantagem no tipo de valor que uma organização é capaz de criar, não somente na quantidade, mas na qualidade, com menor risco, de forma mais barata, mais defensável e mais duradoura. O novo manifesto capitalista requer criar algo que valha mais para todas as partes envolvidas: pessoas, comunidades, sociedade, gerações futuras, reguladores e investidores. Ao criar mais valor e de mais alta qualidade, é possível alcançar um nível superior de vantagem que não está atrelada somente à quantidade e margens de lucros cada vez menores. Num futuro bem próximo, será preciso criar valor substancial, pois quanto menos prejuízos econômicos forem causados, maior lucro será gerado (monetário ou social).

A previsão de Haque, descrita acima, no novo manifesto capitalista, na teoria, levaria todas as organizações do mundo privado a um estágio de “estado da arte”, que na prática, pouquíssimas se aproximam. Não apenas no sentido de não pensar na sociedade como um todo, mas também como em tomar decisões que as beneficiam em prejuízo desta sociedade. É fato que o que move e promove a riqueza de uma nação é o empreendedorismo. Este, em grande

² HAQUE, Umair. Novo Manifesto Capitalista: como construir a empresa do século 21. Porto Alegre: Bookman, 2012.

parte, dentro do ambiente privado. E o mundo privado é literalmente uma selva, onde quem sobrevive são as empresas com maior capacidade de adaptação ao cenário presente, tal qual na teoria de Darwin. E nesta cena, quase nada importa, a não ser resultados. Assim, se para atingir seus objetivos, um empresário estiver disposto a pagar para liberar uma mercadoria, para fraudar uma licitação ou mesmo para escapar de uma fiscalização, for capaz e encontrar pela frente um agente público disposto a participar da negociação, caracterizar-se-á a venda da decisão pública.

Segundo Paula³ (2018), de um lado o “agente público” fará de seu poder de decisão um negócio como outro qualquer, tendo como finalidade a maximização de sua renda, enquanto o empresário estará voltado à ampliação de seus lucros”, ferindo com golpe de morte os supraprincípios do Direito Administrativo, Supremacia do Interesse Público e Indisponibilidade do Interesse Público. Essa “relação entre amigos”, chamada por alguns autores de “capitalismo de compadres”, com o “compadre privado” de um lado e, o “compadre público” de outro, invade a lógica de compra e venda na vida sóciopolítica. Além disso, para que estes “compadres” se beneficiem sem nenhum risco, acumulando fortunas de forma ilícita e saindo ilesos, é necessário que outros participem do processo, cada qual com o seu ganho e compromisso de silêncio, formando uma associação criminosa. Independentemente do tamanho da empresa, as decisões empresariais que envolvem tais características afetam diretamente o desenvolvimento e potencial econômico da sociedade. Num ambiente onde as negociações acontecem por relações de amizade, não há incentivo à competição nem para que haja investimento em capacitação de pessoas, pois há outra forma de se obter contratos vantajosos. Dessa forma, mais vale uma amizade com quem quer que seja, mas que tenha alguma influência ou poder de decisão do que competência.

³ PAULA, Marco Aurélio Borges & CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Cap 1. Efeitos da corrupção para o desenvolvimento. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Para Sandel⁴, “há coisas que o dinheiro não compra, mas, atualmente, não muitas”. Segundo ele, nas três últimas décadas, os valores de mercado passaram a governar a nossa vida. E, para enfrentar esse cenário, deve-se repensar o papel do mercado em nossa sociedade. É preciso analisar os limites morais do mercado. Uma sociedade em que tudo está à venda tende a criar mercados corrosivos, onde se corrompe até as crianças. Por outro lado, o Estado, por meio da função política, não tem conseguido enfrentar um debate público com bom senso sobre o que é realmente importante para a sociedade (educação, saúde, meio ambiente, cidadania e outros). Há um vazio moral na política contemporânea que começou quando os ideais foram banidos do discurso público, com a tendência de evitar convicções morais e espirituais na arena pública, sob a bandeira do não sectarismo, o que abriu caminho para o triunfo do raciocínio mercadológico em quase tudo. Ora, o mercado não está para julgar as preferências mercadológicas e sim as atender. Se alguém está disposto a pagar, então, a pergunta seguinte será: *Quanto?*

Ninguém sabe ao certo o tamanho do prejuízo para o Brasil que advém da corrupção. Baseado em dados da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pode-se estimar, em média, R\$ 200 bilhões de perdas, ao ano. Isso, sem contar com a corrupção que fica dentro do próprio mercado, aquela em que se paga propina a influenciadores e tomadores de decisão para aquisição de bens e serviços no ambiente privado na qual acontecem superfaturamentos de serviços contratados com “parceiros estratégicos”, fazendo e entrar e sair dinheiro em diferentes níveis da hierarquia organizacional.

Nesse contexto, é preciso compreender fatores que movem as decisões das organizações privadas, que pressões de mercado levam a determinadas decisões bem como se caracteriza a corrupção em seus atos e, a ação humana em relação à corrupção e os efeitos disso para a nossa sociedade. Poderia o

⁴ SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2012., p. 14-19.

Direito conciliar os conflitos de interesse relativos às práticas de mercado e ações econômicas com objetivo de garantir a anticorrupção?

O objetivo desse trabalho é compreender o cenário que influencia a tomada de decisões no âmbito corporativo em relação à corrupção. Tais decisões envolvem a esfera privada e a pública. De um lado, o mercado, para o qual o foco está nos resultados financeiros, na lucratividade, sem a qual as empresas não poderiam existir. De outro, o Estado democrático de direito, no seu papel regulador de mercado e defensor da sociedade e dos direitos humanos. Franz Oppenheimer é simples na sua afirmação de que há duas maneiras de satisfazer os desejos de uma pessoa, a primeira pela produção ou troca voluntária com outros mercados e, a segunda, pela apropriação violenta dos bens alheios. Como os indivíduos buscam maximizar suas utilidades, e o resultado direto de uma “invasão” é que a utilidade dos invasores aumenta à custa da utilidade da vítima, sempre que se tomar uma decisão, a primeira consideração será justamente a questão de quanto vai se ganhar ou se perder.

As organizações privadas, nos últimos cinquenta anos, evoluíram de tal forma que em determinado momento da história econômica mundial, passaram a ditar regras para os Estados. O poder de negociação literalmente passou para as mãos das multinacionais que se transformaram em transnacionais, pois com alto poder econômico elas facilmente conseguem subsídios e incentivos em troca de investimentos e geração de renda, uma negociação considerada natural no mercado privado e, no público (mas também parece certa corrupção). Neste mesmo período, a administração desenvolveu inúmeras teorias e ferramentas para melhorias na gestão organizacional, todas aplicadas pelas organizações com o intuito de melhorar suas performances. Dentre estas ferramentas, o conceito de *Compliance* surge como elemento para limitar as decisões da liderança dentro dos padrões de integridade de mercado.

Manuais, políticas de compras e contratação de fornecedores, normas empresariais, descrição de processos, sistemas de gerenciamento de risco,

sistemas de avaliação de resultados como o *Balanced Score Card*⁵, são ferramentas que têm como objetivo estabelecer e medir um comportamento esperado dos empregados alinhado com a cultura organizacional da empresa.

A corrupção é considerada um dos grandes males da humanidade. A corrupção fere os Direitos Humanos e o conceito de uma sociedade baseada na igualdade de direitos. O prejuízo da corrupção retira do cidadão o atendimento médico de qualidade, a infraestrutura e educação adequada, o transporte público e até a segurança pública. A preocupação maior deveria ser com os desafios oriundos desse “estado de coisas”, o que envolve, no mínimo, a economia, administração, a sociedade e a cultura. Será que há uma solução radical contra a corrupção? Ou, será que ela não pode mais ser dominada e é preciso encontrar meios de convivência? Num cenário em que as decisões empresariais deverão continuar influenciando cada vez mais no desenvolvimento de uma vantagem construtiva das nações e, no qual os gestores ainda estão aprendendo a atuar segundo um novo conjunto de regras”⁶, a sociedade e o Estado pode exercer papel fundamental como força motriz para que as decisões, negociações e contratos retomem como base os supraprincípios do Direito Administrativo.

2 A CORRUPÇÃO E SEUS NÍVEIS

A corrupção é, no Brasil, uma das principais fontes de preocupação da população. Inicialmente considerada um problema exclusivo do setor público, a corrupção passou a ser uma preocupação e todas as esferas e níveis, não somente porque é eticamente reprovável, mas porque sua tolerância favorece a violação aos direitos humanos e provoca efeitos maléficos econômicos irreversíveis.⁷ Um dos principais fatores para o aumento do interesse dos economistas e administradores sobre o tema está ligado ao processo de

⁵ Metodologia de medição e gestão de desempenho desenvolvida em 1992 pelos professores da Harvard Business School (HBS) Robert Kaplan e David Norton

⁶ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.37.

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos*. – Belo Horizonte: Fórum, 2018 p. 33.

globalização, integração internacional e regional da cadeia produtiva e, o aumento da participação de nações na cadeia de valor global. Nesse cenário, o desenvolvimento de mecanismos de combate à corrupção passou a ser um aspecto importante para as organizações.

Para Furtado⁸, a ideia de corrupção sempre esteve associada a dois aspectos: o primeiro, a participação do Estado e atuação criminosa dos agentes públicos; e, segundo, sua associação com o Direito Penal, no sentido de que as condutas associadas aos crimes contra a Administração Pública eram reputadas como corruptas. A dificuldade inicial de definir se a corrupção seria exclusivamente pública ou se existiria corrupção privada dificulta a elaboração de um conceito acabado de corrupção. O que se vê é que há três aspectos que permeiam algumas definições: (i) a ideia de desvio da função pública; (ii) a utilização de meios anormais para a intermediação de processos econômicos; e, (iii) o interesse privado em detrimento do interesse público. A partir desta concepção, a caracterização de ato corrupto pressupõe o conflito de interesses públicos e os interesses privados e a utilização ilícita ou desvio por parte dos agentes públicos, de suas funções em favor dos interesses privados. Paralelamente, as fraudes ocorridas em grandes corporações, o uso de informações privilegiadas em negócios e os desvios financeiros de grandes empresas geraram efeitos negativos na economia do país e até mesmo em perspectiva global. Sendo que, nestes casos não houve qualquer participação efetiva de agentes públicos.

Se uma das razões pelas quais se combate a corrupção é evitar que desvios ou abusos por parte dos agentes que exercem posição de poder resultem em prejuízo para os interesses coletivos, e se esses mesmos interesses podem ser prejudicados em razão de deraudações ocorridas no âmbito privado, a conclusão a que se deve chegar é no

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 34. ¹¹ Diante da necessidade de um instrumento, independente, completo e vinculante, que abrangesse a prevenção, a criminalização, a cooperação internacional e a recuperação de ativos em matéria de enfrentamento à Corrupção, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 55/6 (2000), decidiu estabelecer um Comitê com a tarefa de elaborar uma minuta de Convenção. A Convenção da ONU contra a Corrupção foi assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida (México) e por isso, é também conhecida como a Convenção de Mérida. Disponível em < <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu>> Acesso em 24 set.2018.

sentido de que os instrumentos e os métodos utilizados para o combate à corrupção no setor público devem ser igualmente utilizados para o enfrentamento da questão no âmbito privado (FURTADO, 2018, p.33).

Não se trata de intervencionismo estatal, afirma o autor, mas sim da atuação de mecanismos de autorregulação levados ao extremo como forma de conter a corrupção privada. Ao examinar a Convenção de Mérida¹¹ sobre corrupção verifica-se que os Estados participantes estavam convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local e converteu-se em um fenômeno transnacional, fazendo-se necessária a cooperação internacional para combatê-la.

Para analisar entender a corrupção como um todo e alcançar a sua dimensão, é preciso conhecer as suas características.

Um ato de corrupção importa em abuso de posição. A corrupção, ativa ou passiva, implica transgressão de regras de conduta acerca do exercício de uma função ou cargo. Este aspecto não significa reduzir o âmbito da corrupção ao setor público. Se um diretor de uma empresa fornece informação sigilosa a terceiro em troca de pagamento de suborno, é perfeitamente possível enquadrar o ato como corrupto, não obstante sua atuação não envolva a participação de agentes públicos.

A caracterização de um ato como corrupto, requer a violação de um dever previsto em um sistema normativo que sirva de referência. Seja qual for a sua área de atuação (política, econômica, pública, privada), é necessário que o ato a ser reputado corrupto seja contraposto ao comportamento que se espera do agente e que implique violação das normas aplicáveis à conduta desse agente. Isso requer o enquadramento do ato em um tipo penal específico e, sim, que o ato importe em violação do padrão de conduta previsto em norma, ainda que trate de códigos deontológicos de estatura infralegal, e que as sanções nele correspondentes sejam igualmente de natureza moral ou ética (de que seria exemplo uma mera advertência). - Os atos de corrupção estão sempre vinculados à expectativa de obtenção de um benefício "extraposicional". Não é necessário que a vantagem tenha natureza pecuniária ou econômica. Ela pode consistir em um benefício de natureza política, sexual, profissional etc. De fato, pode ser considerado corrupto o ato praticado na simples expectativa de recebimento de vantagem futura, ainda que essa expectativa não se confirme. É igualmente reputado corrupto o ato ocorrido em situação inversa à anterior, em

que ocorra o recebimento do pagamento de suborno para a prática de determinado ato que não venha a ser praticado.

Pode ainda ser apresentada como característica dos atos de corrupção o sigilo. Todos os agentes envolvidos no processo têm interesse que seus negócios permaneçam na penumbra, na escuridão. Eis por que todos os receituários de combate à corrupção defendem como medida efetiva de prevenção à ocorrência de atos corruptos a transparência. Ou seja, quanto mais opaco o regime jurídico, quanto maior a possibilidade de que não se divulgue o ato fraudulento, maior a possibilidade de ele ser praticado (FURTADO, 2018, p.47).

Para Furtado⁹, estas características permitem identificar, em vários níveis, a prática da corrupção. Vale ressaltar a múltipla capacidade de manifestação da corrupção afetando vários segmentos (financiamento político, o comércio, as relações internacionais, todos os níveis de atividade administrativa, a atividade judicial, além da corrupção privada).

No Brasil, a prática de desvio das normas legais para alcançar o fim desejado, elevouse tanto que virou parte da cultura nacional. Chamado de “jeito” brasileiro, segundo Rosenn¹³, essa conduta, em muitas instâncias se tornou a regra. O “jeito” é definido como uma

“engenhosa operação que torna o impossível, possível. O injusto, justo; e o ilegal, legal”. Trata-se de um genuíno processo de resolver dificuldades, independentemente de leis, códigos ou normas. Claro que o “jeitinho brasileiro” pode ser usado na melhor das intenções, no dia a dia do cidadão comum. Entretanto o “jeito” objeto de deste estudo é aquele contempla comportamentos a seguir: (i) o servidor público que deixa de cumprir seu dever legal em troca de vantagens pecuniárias ou promoções funcionais; (ii) o particular que emprega subterfúgio para frustrar a prestação de uma obrigação legal; (iii) o funcionário público que cumpre suas funções com celeridade somente mediante vantagens; (iv) o particular que burla uma lei irrealista, injusta ou economicamente ineficiente; (v) o servidor público que foge do cumprimento de seu dever legal em razão de sua convicção de que a lei é

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48. ¹³ ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. – Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.13.

irrealista, injusta ou economicamente ineficiente. Os dois primeiros itens englobam comportamentos que se encaixam dentro do conceito tradicional de corrupção. O terceiro item também poderia ser taxado de corrupção, mas não é considerado moralmente tão ofensivo. Os dois últimos são aqueles onde se pode considerar plausível analisar se o interesse público seria melhor servido se as obrigações legais fossem burladas. O fato é que o jeito está totalmente entrelaçado com a corrupção.

3 AS ORGANIZAÇÕES PRIVADAS ESTADO, INTERESSES E MERCADO

As organizações privadas, em busca de maior eficácia e lucratividade, aproveitam a diminuição de barreiras de competição, advinda da atenuação de regulamentações e da globalização dos mercados. Elas utilizam suas vantagens operacionais, de poder econômico e de conhecimento nas suas negociações, seja em contratos nacionais ou transnacionais. A teoria da vantagem competitiva, de Porter, é também aplicada às nações e a busca pela competitividade torna-se um dos principais desafios para o Estado e para as empresas oriundas dos mesmos.

A competitividade de um país depende da capacidade de inovação e melhoria de suas indústrias. Num mundo de competição global crescente, os países se tornaram mais, e não menos, importantes. A vantagem competitiva é gerada e sustentada por um processo altamente localizado. E aí, entram as decisões de agentes públicos e privados que tornam uma indústria mais, ou menos competitiva. Parece que a ideia de “organização competitiva” está clara, mas a de um “país competitivo” ainda é obscura. Ao identificar o que pode ser considerado um país competitivo, e independente de todas as teorias (macroeconomia, abundância de recursos, políticas governamentais e gerência) conclui-se que o único conceito significativo de competitividade no nível

nacional é a produtividade. O principal objetivo de um país deveria ser proporcionar padrão de vida elevado e crescente para os cidadãos¹⁰.

A prosperidade nacional não é algo herdado, mas, sim, o produto do esforço criativo humano. Não é privilégio que emana dos dotes naturais de um país, de sua força de trabalho, das taxas de juros ou do valor da moeda, como insistem os economistas clássicos (PORTER, 2009, p.171).

Mas tudo isso contraria a teoria da corrupção, de que ao entender que é possível corromper alguém para obter alguma vantagem para a organização privada, já não há grande interesse em tornar a empresa mais competitiva, prejudicando por consequência, o Estadonação que precisa ser competitivo.

De forma geral, as empresas privadas conquistam vantagem competitiva e uma posição de liderança internacional por meio da inovação, com novas tecnologias e novas formas de fazer as coisas. Isso pode ser exemplificado por: um novo desenho do produto, um novo processo de produção, novos canais de distribuição ou comunicação e até mesmo novas ferramentas para capacitação de profissionais. Nos mercados internacionais, as inovações que proporcionam vantagens antecipam as necessidades domésticas e externas. Inovadores em geral são observadores externos de outros setores e de outros países. A inovação é resultado do esforço incomum, e quase sempre exige pressão, necessidade e até mesmo dificuldades, uma vez que o medo da perda e mercado é quase sempre maior do que a esperança do ganho¹¹.

Porter, chama de “diamante” a vantagem nacional que qualquer Estado pode ter. E para ele, são quatro os atributos que lapidam esse “diamante”: condições de fatores (mão de obra qualificada e infraestrutura); condições de demanda; setores correlatos e de apoio (presença ou ausência no país de setores fornecedores e outros correlatos, que sejam internacionalmente competitivos); e, estratégia, estrutura e rivalidade das empresas. Observou-se que nos setores sofisticados, sustentação das economias avançadas, o país não herda, mas cria os mais importantes fatores de produção – como recursos

¹⁰ PORTER, Michael. Competição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.176.

¹¹ PORTER, Michael. Competição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.179.

humanos e base científica. Além disso, a ideia é que “o estoque dos fatores do país num determinado momento, é menos importante do que a velocidade e a eficiência com que esse país os gera, aprimora e distribui entre os diferentes setores”. Por fim, a rivalidade interna exerce pressão sobre as empresas para encontrar soluções inovadoras e de melhoria. Nesse caso, quanto mais localizada, mais intensa a rivalidade; e, quanto mais intensa, melhor¹².

No debate sobre a competitividade, nenhum tópico envolve maior discussão ou abrange mais incompreensões do que o papel do Estado. Fala-se em Estado como promotor dos setores, através de suas políticas; ou adotando o livre mercado, deixando-o a cargo da mão invisível. De fato o tempo competitivo para as empresas e o tempo político para os governos são diferentes. Um setor ou uma empresa pode demorar uma década para consolidar uma vantagem competitiva e os governos preferem políticas que proporcionem resultado de curto prazo, que sejam perceptíveis à sociedade, tais como: subsídios, proteção e incentivos a fusões e incorporações¹³. Enquanto tentam construir uma vantagem competitiva, ao mesmo tempo, as organizações privadas precisam criar um ambiente dinâmico e desafiador em busca da inovação para sobreviver às mudanças de mercado.

Quando se analisa a questão das decisões gerenciais no mundo público e privado, retoma-se a ideia de que não foi à toa que tanto economistas quanto juristas, tenham abordado as questões da filosofia moral em sua argumentação, o que na última década, num cenário econômico globalizado, retornou de forma intensa. A economia, que havia passado por um longo período de cientificidade isolada, o que também aconteceu no direito, retorna na sua busca por uma explicação do comportamento humano baseado nos valores. Para Kelsen coexistem os dois tipos de ordens sociais¹⁴, a primeira onde é possível induzir o outro a uma conduta desejada apenas solicitando que ele assim o faça e esperando que ele, “por respeito e amor ao solicitante”, o atenda; e, uma segunda onde há um método bem distinto de se alcançar o comportamento

¹² PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.181.

¹³ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.201.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p.30.

humano desejado, através da ameaça de uma autoridade pelo não cumprimento do solicitado e ainda pelo mal que lhe será imputado legalmente.

Von Mises¹⁵ ressalta o quanto os filósofos ficaram perplexos ao descobrir que a sociedade ideal, de bons princípios e cidadãos virtuosos, não retratava exatamente o mundo real em que vive a humanidade. Então, existe outro aspecto, “diferente do bem ou do mal, do justo ou injusto, segundo o qual a ação humana pode ser considerada”. Quando todos os valores humanos são oferecidos para opção, todos os fins e todos os meios, o certo e o errado, o material ou o ideal, enfim, quando tudo é submetido a uma decisão que rejeita um e escolhe o outro, o campo da economia e seus problemas se inserem numa ciência mais ampla, da qual não podem ser separados. Para Von Mises¹⁶, a “ação é a vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz; é procurar alcançar fins e objetivos” e, quando o homem toma tal decisão procura reduzir algum tipo de desconforto. A sociedade é divisão de trabalho e combinação de esforços individuais e, ainda assim, o traço característico da sociedade humana a cooperação propositada, a sociedade é fruto da ação humana, que apresenta um esforço consciente para a realização dos fins, mas aquilo que o indivíduo sacrifica ao escolher um lado ou outro, em favor da sociedade, é amplamente compensado por vantagens ainda maiores. Sempre haverá indivíduos ou grupos que não conseguirão perceber os benefícios da cooperação social, assim como aqueles de “vontade fraca” que não resistirão à tentação de obter uma “vantagem efêmera através de ações prejudiciais à sociedade. Para os anarquistas, a sociedade ideal poderia prescindir do poder de polícia que é aparato social de coerção e compulsão; mas, se as pessoas que agem pelo mal, não forem contidas, a sociedade saudável não poderá existir, é preciso que a maioria das pessoas esteja disposta a impedir que uma minoria venha, sob qualquer pretexto, a destruir a ordem social. Diante disto, esse poder é atribuído ao Estado (e exercido pelo governo), que tem o monopólio da ação, inclusive a violenta. O Estado é essencialmente uma instituição de preservação das relações pacíficas na sociedade (inclusa-se aqui a proibidade) e, como tal

¹⁵ VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.22.

¹⁶ VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.35.

deve estar preparado para reprimir as tentativas de violação da paz e da justiça, econômica ou social.

A cooperação em todos os níveis para o bem maior da sociedade seria de fato, o mundo ideal, não fosse a natureza humana. A ciência já deixou claro que a natureza é limitada e por isso, o homem deve controlar sua imprudência para que não seja abalado pela fome, mas ele é tinoso, e em geral, prefere “ver para crer”. É da natureza humana. Analisando os estudos de Darwin, é possível concluir que na natureza, não há nada que se possa chamar de respeito pela vida ou bem-estar do outro. Na verdade, a única existência permanente na natureza é a “luta e o implacável aniquilamento dos fracos, que não conseguem se defender”.

Para Sandel¹⁷ “a vida em sociedades democráticas é cheia de divergências, entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça”. Nesse contexto, a reflexão moral torna-se uma busca coletiva, na qual são necessários representantes e interlocutores. Em seus muitos exemplos Sandel ilustra duas abordagens de justiça: uma que diz que a moral de uma ação depende das consequências que ela traz nesse caso a coisa certa a fazer seria aquilo que produz os melhores resultados; e, outra que diz que as consequências não são tudo o que deve preocupar, moralmente falando, certos direitos e deveres devem ser observados independente das consequências sociais da ação.

Ao tomar uma decisão, os dirigentes das organizações, os agentes públicos, ou mesmo o Estado, como agentes da sociedade, iniciam um processo de escolha que vai afetar diretamente o outro. As decisões dos líderes no que tange às relações de trabalho, ou relativas a contratos com parceiros e fornecedores, ou ainda, quanto à produção de determinado bem e as condições de seu processo produtivo, vão influenciar em toda a cadeia macroeconômica. Decisões do Estado, ao adotar algumas políticas, afetam a capacidade dos indivíduos de produzirem algo por eles mesmos e desestimula as empresas na busca de melhoria de seus processos produtivos e de maior produtividade. Leva

¹⁷ SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p.36.

a todos diretamente para a porta do inferno, ao local mais fácil de resolver as dificuldades.

Nozick¹⁸ defende um conceito diferente de justiça distributiva baseado nos direitos individuais e, que ao Estado, cabe apenas, se é que cabe, fazer cumprir contratos e a proteção das pessoas contra a força, o roubo e a fraude. Para ele, qualquer Estado com direitos mais abrangentes viola os direitos individuais como, por exemplo, cobrar dinheiro dos ricos para ajudar os pobres. Para Nozick a desigualdade econômica é natural, e há duas condições que a justiça distributiva deve atender: a primeira de que a origem da riqueza seja legítima; e, a segunda que dinheiro seja obtido por meio de negociações legais ou mesmo de doações voluntárias. Assim, se a resposta for sim a essas questões, qualquer distribuição resultante do livre mercado é justa. Não pede ao homem que renuncie ao seu bem-estar em benefício da sociedade. “Recomenda-lhe que compreenda quais são seus verdadeiros interesses”. Para Von Mises¹⁹, certos deveres morais e direitos humanos são tão fundamentais que estão acima do cálculo da relação custo x benefício.

4 O SER HUMANO, AS INSTITUIÇÕES E A CORRUPÇÃO

Parece que a corrupção está diretamente ligada a uma questão de cálculo de benefícios. Sandel²⁰ acredita que existem coisas que não estão à venda monetariamente, mas que podem ser adquiridas com outros sacrifícios além do dinheiro. Von Mises²⁸ afirma que “aquele que pretende preparar-se para grandes realizações terá de empregar muitos meios, inclusive o dinheiro. Mas é necessário investir em honra, virtude e glória também, elementos os quais, teoricamente, não poderiam ser avaliados de forma alguma em moeda”. Mas hoje, essas avaliações não prejudicam o cálculo econômico do valor das organizações privadas, de um país ou de uma pessoa. O cálculo econômico é o

¹⁸ NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.149.

¹⁹ VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.188-189.

²⁰ SANDEL, Michael J.. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Riode de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p.99. ²⁸ VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.266.

instrumento de distinção entre o lucrativo e o não lucrativo. É quase como uma análise antes da ação humana no mundo empresarial, onde cada passo está sujeito ao cálculo, numa antecipação de gastos e receitas. Até mesmo aquelas decisões que dizem respeito ao Direito.

Em meio a tantas ferramentas de prevenção contra a corrupção, está o ser humano. A implementação de políticas de combate à corrupção não é uma tarefa fácil. Segundo Furtado²¹ ela requer a alocação de grandes quantias e a “reunião de grande esforço”. A primeira questão é saber se vale à pena combatê-la. Ou seja, será que existem medidas que permitam a efetiva redução da corrupção sem maior prejuízo para a sociedade? Outra questão é a respeito do interesse global de que haja ou não menos corrupção em determinados Estados. É possível combater a corrupção transnacional? E ainda, é possível combater a corrupção diária, que abrange atos pessoais sem qualquer vínculo com o poder público, em microempresas e empresas de pequeno porte, que longe dos grandes esquemas de corrupção criam seu próprio micro sistema com micro momentos de corrupção e ainda assim, são pessoas ou empresas “de bem”? Há benefícios neste tipo de corrupção? Que corrupção é pior (se é que é possível)? A corrupção econômica ou a política?

A corrupção política, analisada do ponto de vista dos partidos ou da atuação dos políticos viola um acordo fundamental entre representados e representantes, a de defesa dos interesses da sociedade. No momento em que partidos políticos ou políticos partem em busca de recursos a serem utilizados em prol de suas “marcas”, entram em cena métodos ilícitos que fatalmente levam à corrupção política. Quando os interesses a serem defendidos deixam de ser o da população, o resultado natural é o afastamento do cidadão do processo político. Numa pesquisa, de 2014³¹, sobre o que o jovem brasileiro, de 18 a 32 anos, pensa sobre política, 75% deles responderam que não se sentem representados nem pelos políticos nem pelo processo político atual. Segundo a mesma pesquisa, 59% dos jovens são alheios ou estão à deriva quando se fala

²¹ FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49. Box 1824. Sonho Brasileiro de Política. Disponível em: <http://www.sonhobrasileirodepolitica.org.br> Acesso em 23 set.2018.

em política. Entretanto, estar alheio não significa não ter interesse pelo assunto, significa que estão focados em suas próprias lutas.

Sabe-se que o sistema criado pelos partidos e seus políticos contempla a criação de organizações paralelas, o uso de instituições representativas como captadoras de recursos financeiros, intermediários privados e arrecadadores profissionais. Tais arrecadações se destinam não somente aos processos eleitorais, mas ao processo de corrupção com compra de votos e pagamento de profissionais da política que têm poder dentro dos partidos.

A distribuição de cargos de direção na Administração Pública, especialmente em empresas estatais, reforça a ideia de que ao assumirem tais cargos, onde estão os contratos vultosos financeiramente falando, os indicados estarão prontos para “devolverem” ou “pagarem” os devidos favores já recebidos, e mais, usarão este poder como moeda de troca para atos futuros. Essa distribuição de cargos já é por si só, de absoluto descrédito, pois se na intenção do legislador havia alguma sombra de boa fé, ao deixar cargos para indicação política, na prática, essa distribuição não passa de moeda de negociação de interesses escusos em que nem mesmo se leva em consideração a capacidade do representante que assumirá um cargo destes.

5 CONCLUSÃO

O efeito da corrupção é desvatador e compromete as instituições. Se os órgãos de cúpula estão contaminados, não haverá serventia qualquer política de combate à corrupção pública nos níveis mais baixos. A corrupção política contamina toda a sociedade. Num processo de infecção no qual o remédio de amplo espectro é de complicada posologia, pois a contaminação ocorre seja pela corrupção efetiva, prevista em Lei e com características já estudadas aqui, seja em pequenos atos de corrupção, do tipo “afinal se todo mundo faz quem vai perder a oportunidade?”.

Os efeitos sociais e econômicos não ficam para trás. A desigualdade da distribuição de renda é um dos maiores problemas da sociedade moderna e a

corrupção contribui para a concentração de renda. Na medida em que ocorrem desvios em programas destinados a reduzir a mortalidade infantil, programas de educação, programas de incentivo à economia, os níveis de qualidade de vida são afetados e atacam diretamente as camadas mais pobres da população. A corrupção afeta também o comércio internacional²². Nesse contexto, uma nova ordem capaz de mudar as relações internacionais de maneira significativa surgiu. Uma ordem de agilidade comercial, onde o domínio econômico das grandes nações foi reduzido, e as pequenas nações conseguem fazer parte do mercado competitivo internacional, o que é uma grande oportunidade, salvo se o círculo vicioso da corrupção não atrapalhar.

Já as consequências da corrupção para a esfera da Administração Pública ratifica a imagem de demora no processo de tomada de decisão a atendimento ao cidadão e agentes privados. Cria ainda um sentimento de aversão e de frustração entre os servidores honestos, que “são obrigados a contrariar colegas e chefes, ou a se retirar do serviço público”²³. Do ponto de vista da população, à níveis insuportáveis de corrupção, o sentimento é de desencantamento e desilusão.

De fato, os remédios contra a corrupção estão disponíveis. Desde programas de Compliance nas organizações privadas até instrumentos de controle nas organizações públicas. A ferramentas existem e podem ser usadas. Entretanto, só serão eficazes de houver vontade. A ação humana é fundamental para o uso de tais recursos tenha como resultado a redução dos índices de corrupção. Não se pode deixar o destino da nação nas mãos de alguns poucos heróis que lutam diariamente contra a corrupção. Se como foi visto tudo gira em torno de decisões humanas, e é claro que uma boa punição inibe a vontade humana de “errar”, nenhuma ferramenta que não trabalhe os valores humanos de uma sociedade será autossuficiente para mudar o cenário. Trabalhar a geração de futuros adultos para construírem uma sociedade melhor, ética e

²² FURTADO, Lucas Rocha. O Brasil e a corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

²³ FURTADO, Lucas Rocha. O Brasil e a corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61.

justa é o maior desafio. O problema é que não se pode retirar os corruptos do processo.

REFERÊNCIAS

FURTADO, Lucas Rocha. O Brasil e a corrupção: análise de casos. – Belo

HAQUE, Umair. Novo Manifesto Capitalista: como construir a empresa do século 21. Porto Alegre: Bookman, 2012.

KELSEN, HANS. Princípios do direito internacional. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.149.

PAULA, Marco Aurélio Borges & CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Cap 1. Efeitos da corrupção para o desenvolvimento. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PORTER, Michael. Competição - ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. – Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.13.

SANDEL, Michael J. Jusiça: o que é fazer a coisa certa. Riode de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2012

VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA CELEBRAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

ANALYSIS OF THE LEGITIMACY OF THE POLICE COMMISSIONER TO CONCLUDE THE AWARD-WINNING COLLABORATION AGREEMENT

Alana Laís da N. B. Oliveira ¹

RESUMO

O presente artigo faz uma análise da legitimidade conferida aos Delegados de Polícia diante da possibilidade de realizar acordos de colaboração premiada, conforme o julgamento da ADI 5.508 pelo plenário do STF (Supremo Tribunal Federal), veiculado no informativo 907, a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), destacando fundamentos favoráveis e contrários a essa possibilidade de negociação pela autoridade policial.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Legitimidade. Delegado

ABSTRACT

His article makes an analysis of the legitimacy given to police delegates in the face of the possibility of conducting award-winning collaboration agreements, according to the trial of ADI 5,508 by the plenary of the Supreme Court, served in the informative 907, the constitutionality of paragraphs 2 and 6 of art. 4th of Law n. 12.850/13 (Law of Criminal organizations), highlighting favorable and contrary grounds for this possibility of negotiation by the police authority.

Keywords: Award-winning collaboration. Legitimacy. Delegate

¹ Advogada Civilista. OAB/DF 36696.

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada possui natureza jurídica de "meio de obtenção de prova" (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/2013), essa característica foi fundamental para confirmar a legitimidade do Delegado de Polícia para celebrar o acordo de colaboração Premiada, pois não existe exclusividade para apuração de crimes.

O parágrafo 4º fala que a avocação por autoridade superior de polícia, somente pode ocorrer nas hipóteses que elenca, o que também não retira o poder de avocação e requisição dentro do controle externo a ser promovido pelo Ministério Público.

Ocorre que a ação Penal é de titularidade do Ministério Público, e o STF (Supremo Tribunal Federal) com julgamento da ADI 5.508 estaria concedendo a titularidade parcial a quem não tem legitimidade para celebrar acordo de Colaboração Premiada. Assim, eventual acordo teria que ser celebrado com o Ministério Público, pois a autoridade policial é desprovida de capacidade postulatória e legitimação ativa.

O Judiciário não está obrigado a homologar o acordo, seja ele feito pelo MP ou pela Polícia, cabe ao Judiciário o controle sobre a forma e o conteúdo do pacto, mas diante da constitucionalidade da ADI 5.508, o STF estaria concedendo status jurídico às funções de delegado de polícia.

2 COLABORAÇÃO PREMIADA

Colaboração premiada, chamada também de Ponte de Diamante², é um instituto previsto na legislação por meio do qual um investigado ou acusado da prática de infração penal decide confessar a prática do delito e, além disso, aceita colaborar com a investigação ou com o processo fornecendo informações que irão ajudar, de forma efetiva, na obtenção de provas contra os demais autores dos delitos e contra a organização criminosa, na prevenção de novos

² Para o professor Luiz Flávio Gomes, o instituto é uma nova nomenclatura, que se refere a mesma coisa que a Colaboração Premiada.

crimes, na recuperação do produto ou proveito dos crimes ou na localização da vítima com integridade física preservada, recebendo o colaborador, em contrapartida, determinados benefícios penais (ex: redução de sua pena).

A Ponte de Diamante ou Ponte de Prata Qualificada é um instituto novo que, ainda, está sendo conceituado pela doutrina. Trata-se de benefício concedido pelo legislador para o indivíduo infrator que já consumou o delito e que de alguma maneira contribuiu com a Justiça Pública, de forma a mostrar todos os atos do delito, não se confundindo com a simples confissão do delito. Tal instituto é invocado quando há crimes complexos, relacionados a um envolvimento de quadrilhas, podendo ter como consequência o perdão judicial, redução da pena, regime prisional mais favorável e, até mesmo dependendo da contribuição nem ser denunciado, se for realizado antes do trânsito judicial, mas se for feito depois do trânsito em julgado caberá apenas redução de pena. Muito em alta hoje, a delação premiada é uma das formas do instituto da Ponte de Diamante³.

A colaboração premiada possui natureza jurídica de "meio de obtenção de prova" (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/2013), uma técnica, um instrumento para se obter as provas.

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos" (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270).

A Colaboração Premiada é detalhada na Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), em seus arts. 4º a 7º. Mas, existem diversos dispositivos legais esparsos em que esta técnica já vinha sendo utilizada: Código Penal (arts.

³ HONORIO, Matheus. Ponte de Ouro, de Prata e de Diamante. Disponível em: <https://matheushonoriomacedobarros.jusbrasil.com.br/artigos/469575499/ponte-de-ouro-de-prata-e-dediamante>. Acesso em: 20/09/2018.

15, 16, 65, III, 159, § 4º); Crimes contra o Sistema Financeiro – Lei 7.492/86 (art. 25, § 2º); Crimes contra a Ordem Tributária – Lei 8.137/90 (art. 16, parágrafo único); Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 (art. 8º, parágrafo único); Convenção de Palermo – Decreto 5.015/2004 (art. 26); Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/98 (art. 1º, § 5º); Lei de Proteção às Testemunhas – Lei 9.807/99 (arts. 13 a 15); Lei de Drogas – Lei 11.343/2006 (art. 41); Lei Antitruste – Lei 12.529/2011 (art. 87, parágrafo único)⁴.

Assim, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória conforme dispõe entendimento do STF:

EMENTA Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, c/c o art. 29 do CP). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Excesso de acusação. Não ocorrência. Mera contextualização dos fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”. Inépcia. Não ocorrência. Descrição suficiente do fato criminoso e suas circunstâncias. Vantagem indevida. Suposta participação do denunciado em sua solicitação. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. Fumus commissi delicti não demonstrado. Inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP). 1. A denúncia, ao contextualizar os fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”, narrou o desvendamento de um “grande esquema de corrupção de agentes públicos e de

⁴ Os benefícios penais são previstos em diversas leis. Inicialmente, teve sua previsão introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei 8.072/1990, em relação ao delito do art. 159 do CP (extorsão mediante sequestro), prevendo uma causa de diminuição de pena. Também uma causa de diminuição em razão da colaboração foi prevista no art. 25, §2º, da Lei 7492/1986 (incluído pela Lei 9080/1995) – que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional - e no art. 16 da Lei 8137/1990 - que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. Também a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) prevê a diminuição da pena em um sexto a dois terços em seu art. 41. Por sua vez, o art. 1º, §5º, da Lei 9.613/1998, que trata do crime de lavagem de capitais, alterada recentemente pela Lei 12.683/2012, permite a redução da pena, de um a dois terços, a permissão do cumprimento da pena em regime menos gravosos, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o perdão judicial. Por fim, a Lei 9.807/1999, que estabelece programas especiais de proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas, trouxe disposições sobre a colaboração premiada, em seus arts. 13 e 14, aplicáveis a todos os delitos e que podem levar, inclusive, ao perdão judicial do agente, dependendo das condições pessoais do colaborador e da eficiência da colaboração

lavagem de dinheiro” no âmbito da Petrobras. 2. Descreveu, ainda, o que constituiria uma complexa estrutura criminosa, que envolveria ao menos quatro núcleos (político, econômico, administrativo e financeiro), para, somente então, narrar os fatos especificamente relativos ao denunciado. 3. Essa profusão narrativa não constitui excesso de acusação, uma vez que a imputação propriamente dita feita contra o denunciado foi bem delimitada pelo Ministério Público. 4. A denúncia não é inepta, uma vez que descreveu, de forma suficiente, o concurso do denunciado para a solicitação de vantagem indevida por parte de membro de Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal – que tinha por objeto apurar irregularidades envolvendo a Petrobras – a fim de que não formulasse requerimentos nem adotasse medidas que permitissem o aprofundamento das investigações. 5. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 6. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 7. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 8. **A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória.** 9. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 10. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 11. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 12. Na espécie, não se vislumbra a presença de elementos externos de corroboração dos depoimentos de colaboradores premiados, mas simples registros genéricos de viagens e

reuniões. 13. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Decisão - Após a sustentação oral da Dra. Ela Wiecko, pelo Ministério Público Federal, o julgamento foi suspenso. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 11.10.2016. Decisão: Após o voto do Ministro Relator, recebendo integralmente a denúncia, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Dias Toffoli. Falou, pelo denunciado, o Dr. Hamilton Carvalhido. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 22.11.2016. Decisão: Suspenso o julgamento do presente inquérito. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 4.4.2017. Decisão: A Turma, por maioria, rejeitou a denúncia, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, vencido o Ministro Teori Zavascki. Não votou o Ministro Edson Fachin por suceder na Turma o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 18.12.2017. [grifo nosso]

A Lei 12.850/2013 utilizou a expressão “colaboração premiada”, que é considerada como um gênero, do qual uma das suas espécies é a delação premiada. A delação premiada ocorre quando o investigado ou acusado *colabora* com as autoridades *delatando* os comparsas, ou seja, apontando as outras pessoas que também praticaram as infrações penais⁵.

A delação premiada nada mais é do que depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminosa, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitativa, não serve à condenação de quem quer que seja. A Lei é expressa, no artigo 3º, ao defini-la como instrumento de obtenção de provas, assim como o são a ação controlada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a

⁵ DA SILVA, Eduardo Araújo. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33. Segundo este mesmo autor, as principais características do crime organizado (embora sejam variáveis no tempo e no espaço) são: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilicitamente; d) alto poder de intimidação, pela prevalência da lei do silêncio (omertà das organizações mafiosas), com emprego de meios cruéis; e) conexões locais e internacionais e divisão de territórios para atuação; f) estrutura piramidal das organizações criminosas e sua relação com a comunidade; g) cultura de supressão das provas (ob. cit., p. 11/14 e 33).

interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, previstos nos incisos do referido artigo. Trata-se de meio extraordinário para chegar a provas, no que diz respeito a delitos praticados⁶.

A doutrina majoritária, afirma que a delação premiada é medida indispensável ao combate da criminalidade organizada⁷. Segundo o doutrinador Nucci:

(...) parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar co-autores e partícipes. No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 18/09/2018.

⁷ Parte-se do pressuposto de que a instituto é constitucional e de que não viola, sobretudo da forma como foi disciplinado, qualquer dispositivo ou garantia constitucional. Inclusive, essa conclusão é reforçada tanto no âmbito internacional quanto interno. No âmbito internacional, seja pelos Tratados internacionais que o Brasil faz parte e já internalizou (art. 26 da Convenção de Palermo - internalizada pelo Decreto 5015/2004 - e art. 37 da Convenção de Mérida - também com valor de lei ordinária em razão de sua internalização pelo Decreto 5687/2006), que estimulam a concessão de benefícios para o colaborador no marco de enfrentamento da criminalidade organizada, seja pela análise do direito comparado, que prevê, na maioria dos países, institutos semelhantes, a indicar que se trata de uma tendência internacional. Da mesma forma, no âmbito interno o STF já decidiu sobre a validade e constitucionalidade da colaboração premiada. Veja, nesse sentido: "Aliás, ninguém tem hoje, nem aqui nem alhures, dúvida sobre a legitimidade constitucional do instituto da delação premiada (...). E, entre nós, esta Corte não lhe tem negado validade como expediente útil de investigação" (Min. Cezar Peluso, Extradicação 1085, Tribunal Pleno, j. em 16.12.2009). Neste sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou: "Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da delação premiada. O delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da Justiça (Min. Carlos Ayres de Britto, STF, 1.ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008). O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a colaboração premiada é "um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados (...), conhecido esse instituto internacionalmente no direito comparado" (Min. Ricardo Lewandowski, STF, 1.ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008).

distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.⁸

Esclarece também Guidi, que esse não é um instrumento que busca soluções fáceis para uma investigação penal e para o processo penal à custa de sacrifícios morais:

Os benefícios trazidos pelas diversas legislações que dispõem sobre a delação premiada (e outras denominações dadas), tais como o perdão judicial e a diminuição da pena, embebem-se de considerável eticidade, não se constituindo num desperdício ao direito punitivo, nem, como equivocadamente consideram alguns doutrinadores, em barganha sombria do Estado com o criminoso para a busca de soluções fáceis para uma investigação penal e para o processo penal à custa de sacrifícios morais⁹

Sendo assim, a delação premiada é necessária para a persecução penal ser eficaz no combate a corrupção e criminalidade.

3 FORMAS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei 12.850/2013 prevê, em seu art. 4º, cinco formas por meio das quais o investigado/réu poderá colaborar com a investigação e com o processo.

Os benefícios da colaboração, são assegurados ao indivíduo que fornecer informações efetivas com as quais as autoridades consigam pelo menos um dos seguintes resultados: identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas; revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; prevenir as infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, recuperar total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa, localizar o paradeiro da vítima com a sua integridade física preservada.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e execução penal. São Paulo: RT, 2008, p. 418.

⁹ GUIDI, José Alexandre Marson. Delação premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

A colaboração deve ser voluntária, não se exige que a colaboração seja espontânea, a polícia ou o MP propõem o acordo e este é aceito livremente pelo colaborador.

A colaboração deve ser efetiva, conforme os resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei. A colaboração voluntária e efetiva, a concessão do benefício é devida. Verifica-se a exigência dessa efetividade no julgado abaixo pelo STF:

EMENTA Segundos embargos de declaração no inquérito. Decisão em que se rejeitou a denúncia. Intempestividade não configurada. Prazo para oposição dos embargos de declaração. Artigo 337, § 1º, do RISTF. Alegada contradição e omissão no julgado. Não ocorrência. Acordo de colaboração premiada. Depoimentos do colaborador. **Eficácia e efetividade do acordo de colaboração premiada enquanto meio de obtenção de provas. Documentos produzidos unilateralmente pelo próprio colaborador.** Apreensão anterior à celebração do acordo de colaboração. Imprestabilidade dos embargos de declaração para o reexame do julgamento da causa. Nítido inconformismo com o resultado do julgamento. Pretensão de rediscussão de matéria já decidida. Rejulgamento da causa. Impossibilidade. Embargos rejeitados. 1. É de cinco dias o prazo para a oposição de embargos de declaração contra acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em inquérito, conforme art. 337, § 1º, do RISTF. Inaplicável o art. 619 do Código de Processo Penal. 2. **O acordo de colaboração premiada, como meio de obtenção de provas, é suficiente para deflagrar investigação preliminar, sendo essa sua verdadeira vocação. Entretanto, para instaurar a ação penal, não bastam depoimentos do colaborador. É necessário que existam outras provas, ou elementos de corroboração idôneos, ratificando-os.** 3. A eficácia e a efetividade da colaboração premiada podem e devem ser auferidas, a fim de se averiguar a viabilidade da ação penal, sendo o juízo de admissibilidade da denúncia o momento adequado para fazê-lo. 4. A contradição sanável via embargos de declaração é aquela verificada entre os fundamentos do acórdão e a sua conclusão, o que não se constata no caso concreto. Precedentes. 5. A argumentação do decisum embargado é suficiente para embasar a conclusão de rejeição da denúncia, inexistindo omissão sobre ponto relevante para o deslinde da controvérsia. 6. Não se pode conceber um juízo positivo de admissibilidade da denúncia assentado em meras conjecturas e ilações. Exigese, para tanto, lastro probatório mínimo, ou seja, prova da materialidade e indícios razoáveis de autoria. 7. O juiz não está obrigado a refutar, um a um, todos os

elementos informativos carreados aos autos, bastando que destaque aqueles que entender essenciais ou pertinentes. 8. A circunstância de ter sido apreendido em momento anterior à celebração do acordo de colaboração não desnatura o fato de o documento ter sido produzido unilateralmente pelo colaborador, razão pela qual não pode servir, por si só, para a validação do respectivo depoimento. 9. Pretensão de rediscussão de matéria já debatida nos autos, a fim de se promover o rejuízo da causa. 10. Embargos de declaração rejeitados. Decisão - A Turma, por votação unânime, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 2a Turma, 7.8.2018. [grifo nosso]

A colaboração premiada e a concessão dos benefícios dela decorrentes podem ocorrer em três momentos: na fase de investigação criminal (inquérito policial ou investigação conduzida pelo MP), durante o curso do processo penal (ainda que já em instância recursal); após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Poderá ser concedido ao colaborador o seguinte benefício: não oferecimento da denúncia, que significa que se o acordo de colaboração for firmado ainda na fase de investigação, sendo ele homologado pelo juiz, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia contra o colaborador. Trata-se de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, segundo o qual, havendo justa causa, o MP é obrigado a oferecer a denúncia.

Esse é um dos institutos definidos no Conselho Nacional do Ministério Público Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, alterada posteriormente pela Resolução 183/2018, que regulamenta a possibilidade de acordo de não persecução penal a ser realizado entre órgão ministerial e investigado, com a presença de seu defensor. Assim, o Conselho Nacional do Ministério Público, permitiu que qualquer unidade do MP no país negocie acordo de não-persecução penal com suspeitos de crimes sem violência ou grave ameaça: o investigado deve confessar o delito e, em troca, não será alvo de ação.

Para que o MP deixe de oferecer a denúncia contra o colaborador é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) A colaboração deve ser efetiva e voluntária; b) O colaborador não pode ser o líder da organização

criminosa; c) O colaborador deve ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Se a colaboração prestada for muito relevante, o Ministério Público ou o Delegado de Polícia poderão se manifestar pedindo que o juiz conceda perdão judicial ao colaborador, o que acarreta a extinção da punibilidade (art. 107, IX, do CP). Veja a redação do art. 4º, § 2º da Lei nº 12.850/2013:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Outro benefício previsto ao colaborador é a redução da pena que lhe for imposta. Se a colaboração ocorrer antes da sentença, ou seja, se a pessoa decidir colaborar antes de ser julgada: sua pena poderá ser reduzida em até 2/3. Se a colaboração ocorrer após a sentença, ou seja, se a pessoa decidir colaborar apenas depois de ser condenada: sua pena poderá ser reduzida em até metade (1/2).

O juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade do colaborador por pena restritiva de direitos mesmo que não estejam presentes os requisitos do art. 44 do CP.

Para que ocorra a progressão de regime, o réu deverá ter cumprido determinado tempo de pena, que é um requisito objetivo da progressão. Para crimes comuns: o requisito objetivo consiste no cumprimento de 1/6 da pena aplicada. Para crimes hediondos ou equiparados, o requisito objetivo representa o cumprimento de: 2/5 da pena se for primário, 3/5 da pena se for reincidente. Se o réu já estiver condenado e cumprindo pena e decidir colaborar, ele poderá receber como "prêmio" a progressão de regime ainda que não tenha atingido o requisito objetivo (§ 5º do art. 4º).

Ementa

Inquérito. Competência originária. Penal e Processual Penal. 2. Conexão. Julgamento conjunto. Inquéritos 3.204, 3.221 e 3.516. 3. Notificação por hora certa. Lei 11.719/08, que alterou o art. 362. Compatibilidade com o rito do procedimento penal originário. Denunciado que se oculta para não receber a notificação pessoal. Inexistência de nulidade. 4. Denunciados sem foro originário no STF. Cisão. Juízo de conveniência do Tribunal. Fatos intimamente ligados. Proximidade da prescrição. Análise da denúncia quanto a todos os denunciados. 5. Poderes de investigação do Ministério Público. Investigação em Inquérito Civil, instaurado para apurar atos de improbidade administrativa. Competência prevista de forma expressa na Constituição Federal – art. 129, III. 6. Quebra de sigilo bancário determinada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, foro competente para julgar deputado estadual. 7. Busca e apreensão aparentemente decretada como medida preparatória à ação civil pública por improbidade administrativa, requerida incidentalmente ao Inquérito Civil. Competência do juiz de primeira instância. 8. Documentos não autenticados – art. 232, parágrafo único. Admite-se a utilização de cópias simples como prova, “desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo” – HC 70814, relator min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 1º.3.1994. 9. Inépcia da denúncia. São aptas as denúncias que descrevem suficientemente os fatos e a contribuição dos imputados. 10. Os crimes do art. 1º do Decreto-Lei 201/67 são próprios dos prefeitos, mas é viável participação de terceiros, na forma do art. 29 do CP. 11. Colaboração premiada. A delação voluntária de outros implicados, sem formalização de acordo com a acusação, não impede o oferecimento da denúncia. **Eventuais benefícios pela colaboração serão avaliados na fase de julgamento.** 12. Coação moral. A coação moral irresistível poderá ser demonstrada no curso da instrução. 13. Justa causa. Peculato do prefeito – art. 1º, I e II, do Decreto-Lei 201/67, de modo continuado, nos moldes do art. 71 do Código Penal, e em concurso de agentes entre os denunciados, a teor do art. 29 do CP. Formação de quadrilha – art. 288 do CP. Prova suficiente da materialidade. Índícios suficientes de autoria, salvo quanto ao denunciado Regivaldo. 14.

Denúncias recebidas, salvo quanto ao denunciado Regivaldo. Decisão - A Turma, por votação unânime, rejeitou a denúncia com relação à Regivaldo Santos Machado, por falta de justa causa, e recebeu a denúncia quanto aos demais acusados, nos termos do voto do Relator. Falaram: pelo denunciado André Luiz Dantas Ferreira, a Dra. Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro; pelo denunciado Juarez Batista dos Santos, o Dr. Samuel Pedro Daud; e, pelos denunciados Silvanete Dias Cruz e Mário Jorge Pereira dos Santos, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 23.06.2015. [grifo nosso]

O STF entende que, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, o colaborador tem direito subjetivo à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial (HC 127483/PR).

Os seguintes critérios também são definidos na Lei para que o juiz escolha quais benefícios serão aplicados ao colaborador (§ 1º do art. 4º): a) Personalidade do colaborador; b) Natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso; c) Eficácia da colaboração.

O art. 5º da Lei 12.850/2013 prevê os seguintes direitos ao colaborador:

- usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica (Lei nº 9.807/99);
- ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. TERMO DE DEPOIMENTO EM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.

AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO. AUTORIDADE DETENTORA DE FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. **Os termos de depoimento prestados em acordo de colaboração premiada são, de forma isolada, desprovidos de valor probatório, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/13, razão pela qual, neste momento, devem ser submetidos ao procedimento de validação frente aos respectivos elementos de corroboração fornecidos pelo colaborador, até mesmo para que seja aferido o grau de eficácia da avença celebrada com o Ministério Público, imprescindível para a eventual aplicação dos benefícios negociados.** 2. O termo de depoimento em análise não faz qualquer referência a autoridades detentoras de foro por prerrogativa nesta Suprema Corte, circunstância que demanda a remessa de cópia ao primeiro grau de jurisdição para o adequado tratamento. 3. Agravo regimental desprovido. Decisão - A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do

Relator. 2ª Turma, Sessão Virtual de 18 a 24.8.2017. [grifo nosso]

O investigado (ou acusado), assistido por advogado, negocia o acordo de colaboração premiada com o Delegado de Polícia ou com o Ministério Público.

O juiz não participará, em hipótese alguma, das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração (§ 6º do art. 4º). O acordo é apenas devidamente homologado pela autoridade competente, como dispõe a seguinte decisão do STF:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. ACESSO AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ILEGITIMIDADE DO INVESTIGADO. SIGILO IMPOSTO POR

LEI. INVALIDADE DO ACORDO QUE, SEQUER EM TESE, PODERIA GERAR INVALIDADE DAS PROVAS.

DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O Plenário do Supremo

Tribunal Federal já firmou entendimento, em mais de uma ocasião (HC 127483 e PET 7074-AgR), no sentido de que o delatado não possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada. É que seu interesse se restringe aos elementos de prova obtidos a partir dos acordos de colaboração premiada, e eventual ação penal seria o foro próprio para esta impugnação. A mudança jurisprudencial

ocasional gera insegurança jurídica e reduz a confiança na jurisdição. 2. A negativa de acesso aos acordos de colaboração premiada pelo investigado delatado não afronta o enunciado de súmula vinculante nº 14, na medida em que não é o acordo em si que repercute na esfera jurídica do investigado, mas os elementos de prova produzidos a partir dele. E tais elementos estão nos autos, em especial, o depoimento dos colaboradores e os documentos por eles fornecidos. Após o recebimento da denúncia, se for o caso de instaurar a ação penal, o acordo será público e o investigado terá acesso a ele. 3. **Eventuais ilegalidades em acordos de colaboração premiada não geram automaticamente a ilicitude das provas obtidas a partir dele. Isso porque o acordo, por si só, é apenas o instrumento por meio do qual o colaborador se obriga a fornecer os elementos de prova.** Deste modo, apenas vícios de vontade do colaborador podem, em tese, gerar invalidade das provas produzidas. **No caso sob exame, o acordo foi devidamente homologado pela autoridade competente (Presidente do Supremo Tribunal Federal), afastando, de plano e formalmente, qualquer ilegalidade ou vício de vontade.** 4. A fixação de sanções premiaias não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão - Após o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Relator, que negava provimento ao agravo regimental, pediu vista do processo o Ministro Alexandre de Moraes. Presidência do Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 14.11.2017. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 27.2.2018.

Se o magistrado interagir nas negociações, haverá uma grave violação do sistema acusatório e risco de contaminação da sua imparcialidade, considerando que as informações enunciadas pelo eventual colaborador irá incutir no julgador concepções sobre o próprio delator e seus comparsas.

Caso as negociações tenham êxito, as declarações do colaborador serão registradas e será elaborado um termo de acordo de colaboração premiada, a ser assinado por todas as partes e, então, remetido ao juiz para homologação.

Na proposta encaminhada ao Judiciário já deverá ser especificado o benefício que deverá ser concedido ao colaborador (ex: redução de 2/3 da pena). Deve-se esclarecer, contudo, que o magistrado não está vinculado aos termos da proposta, podendo adequá-la ao caso concreto (§ 8º do art. 4º).

O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 horas.

O sigilo sobre o conteúdo de colaboração premiada deve perdurar, no máximo, até o recebimento da denúncia (art. 7º, § 3º da Lei nº 12.850/2013). Esse dispositivo não traz uma regra de observância absoluta, mas sim um termo final máximo. Para que o sigilo seja mantido até o recebimento da denúncia, deve-se demonstrar a existência de uma necessidade concreta. Não havendo essa necessidade, deve-se garantir a publicidade do acordo. STF. 1ª Turma. Inq 4435 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/9/2017 (Info 877)¹⁰. Para que o sigilo seja mantido até o recebimento da denúncia, deve-se demonstrar a existência de uma necessidade concreta. Não havendo essa necessidade, deve-se garantir a publicidade do acordo. STF. 1ª Turma. Inq 4435 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/9/2017 (Info 877).

O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. MATÉRIA CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 14. SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. COLABORAÇÃO PREMIADA. INEXISTÊNCIA DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE CORROBORAÇÃO.

¹⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Professor de Direito, autor e editor do site Dizer o Direito Informativo comentado: Informativo 877 - Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/09/info-877-stf.pdf>. Acesso em: 18/09/2018.

AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. A reclamação constitucional pressupõe relação de aderência estrita entre o ato impugnado e o paradigma invocado como violado, bem como “não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual” (Rcl 4381 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2011). 3. **A teor da Súmula Vinculante 14, constitui “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”, sendo que, conforme a jurisprudência desta Suprema Corte, tal prerrogativa não alcança diligências em formação ou em andamento. Precedentes.** 4. No caso concreto, as instâncias ordinárias, o Ministério Público e a própria defesa do reclamante apontaram a inexistência de celebração de acordo de colaboração premiada cujo acesso é postulado, de modo que não se verifica demonstração de sonegação à defesa de elementos de prova já documentados em procedimento investigatório, conforme exigência expressa do comando sumular. 5. Quanto à inovadora alegação veiculada em sede de agravo regimental, tem-se que os corréus foram inquiridos em Juízo sob o crivo do contraditório, ocasião em que, segundo as instâncias ordinárias, teriam adotado postura colaborativa. A regularidade da concessão de sanção premial em decorrência da reconhecida colaboração, mesmo sem a formalização de ato negocial envolvendo o Ministério Público, bem como a alegação de ausência de apresentação de elementos de corroboração, não traduzem relação de perfeita identidade a legitimar o exame em sede de reclamação da alegada violação ao paradigma tido como violado, resguardando-se ao interessado, por óbvio, a impugnação pela via adequada. 6. Agravo regimental desprovido.

Decisão - A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 8.6.2018 a 14.6.2018.

[grifo nosso]

O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia (§ 3º do art. 7º). As negociações do acordo de colaboração

premiada ocorrem em âmbito extrajudicial, sendo vedada, a participação do magistrado.

Na análise da homologação do acordo, o juiz deverá examinar os seguintes aspectos: a) Regularidade: se os aspectos formais e procedimentais foram atendidos; b) Legalidade: se a pactuação celebrada ofende algum dispositivo legal; c) Voluntariedade: se o investigado/acusado não foi coagido a assinar o acordo.

Art. 4º (...) § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

A homologação não representa juízo de valor sobre as declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade judicial ou ao Ministério Público." (Min. Dias Toffoli, no HC 127483/PR).

Na análise da homologação, o juiz deverá se ater ao exame da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. Recurso contra a decisão do juiz que recusa a homologação do acordo: a lei não prevê. Diante desse silêncio, a doutrina afirma que cabe, por analogia, recurso em sentido estrito (art. 581, I, do CPP). Nesse sentido: Eugênio Pacelli de Oliveira:

Se as declarações do investigado/acusado já forem suficientes para se obter um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º: aplica-se a ele o benefício penal.

Se, além das declarações do investigado/acusado, for necessária a realização de medidas de colaboração: o prazo para oferecimento da denúncia ou o processo (caso já exista ação penal) ficarão suspensos por até 6 meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. Veja o que diz a Lei:

Art. 4º (...)

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

O acordo de colaboração premiada é um "negócio jurídico processual personalíssimo, que não pode ser impugnado por terceiros, ainda que venham a ser mencionados." O que poderá atingir eventual corréu delatado são as imputações

posteriores, constantes do depoimento do colaborador. (Min. Dias Toffoli, no HC 127483/PR).

Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia responsável pelas investigações.

Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o Delegado de Polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador.

Apenas se a colaboração for exitosa e possibilitar a coleta de provas idôneas é que se produzirá efeitos jurídicos em favor do delator.

Daí a importância daquilo que a doutrina chama de regra da corroboração, ou seja, que o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações (v.g., indicação do produto do crime, de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental etc.).¹¹

A colaboração premiada é meio de obtenção de prova, ou seja, é um instrumento para colheita de documentos que, segundo o resultado de sua obtenção, poderão formar meio de prova¹².

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 545.

¹² Conforme leciona Antônio Magalhães Gomes Filho, "Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)". Ainda segundo o mesmo autor, baseado nisso o Código de

O acordo não é meio de prova. O depoimento do colaborador é meio de prova que, no entanto, somente se mostra hábil à formação do convencimento judicial se vier a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, o art. 4º, § 16 da Lei nº 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador¹³.

O STF entendeu que o acordo não pode ser impugnado por terceiro, mesmo que seja uma pessoa citada na delação.

(...) Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO A COLABORADORES, EM RAZÃO DE ALEGADA FALSIDADE NAS DECLARAÇÕES. PEDIDO FORMALIZADO POR TERCEIRO ESTRANHO AO ACORDO. CONTEÚDO DOS DEPOIMENTOS QUE DEVE SER APRECIADO SOMENTE NAS EVENTUAIS

AÇÕES PENAIS. DESPROVIMENTO. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, é incabível pedido de terceiro estranho à colaboração premiada, para revogação de benefícios ajustados com delatores, porque a avaliação da veracidade das declarações somente pode ocorrer no âmbito das ações penais eventualmente propostas (HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 27.8.2015). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão - A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor

Processo Penal italiano de 1988 diferenciou os meios de prova e os meios de busca da prova (inspeções, busca e apreensões, interceptações telefônicas). Os meios de prova se caracterizam “por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis pelo juiz na decisão”, enquanto os meios de investigação não são por si só fontes de conhecimento. Ademais, Paolo Tonini afirma que os meios de busca da prova geralmente trazem surpresa, enquanto os meios de prova devem rigorosa obediência ao contraditório. Os meios de investigação, como a busca e apreensão, buscam não obter elementos de prova, mas sim fontes materiais de prova. Também são meios de investigação de prova as interceptações telefônicas, infiltração de agentes, interceptação ambiental. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 309/310.

¹³ Cavalcante, Márcio André Lopes. Professor de Direito, autor e editor do site Dizer o Direito. Colaboração Premiada. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/colaboracao-premiada.html>. Acesso em: 24/09/2018.

Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 5.4.2016.

[grifo nosso]

De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. (...)

STF. Plenário. HC 127483, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015.

A exceção a essa regra é que é possível que o delatado faça impugnação quanto à competência para homologação do acordo. Isso porque, neste caso, a impugnação está relacionada com regras constitucionais de prerrogativa de foro.¹⁴.

O que deve ser assegurado ao delatado é o direito de defesa e de contraditar as informações do acordo, inclusive com a possibilidade de efetuar perguntas ao colaborador.

Segundo a Lei nº 12.850/2013, a personalidade do colaborador irá influenciar apenas na escolha do benefício que será concedido a ele (art. 4º, § 1º), mas não interfere na validade do acordo de colaboração, conforme se verifica no julgado abaixo:

EMENTA Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo

de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se

¹⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Professor de Direito, autor e editor do site Dizer o Direito. Competência para homologação do acordo de colaboração premiada se o delatado tiver foro por prerrogativa de função. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/05/competencia-parahomologacao-do-acordo.html>. Acesso em: 18/09/2018.

limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. **Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração.** Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, "i", da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o

efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. 8. **A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13).** 9. **A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.** 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada.

Decisão - Após os votos dos Ministros Dias Toffoli (Relator), Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), que conheciam do habeas corpus, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que não conheciam do pedido, o Tribunal, tendo em conta

o empate, conheceu da impetração. No mérito, os Ministros Dias Toffoli (Relator) e Gilmar Mendes denegaram a ordem. Em seguida, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo paciente, o Dr. José Luís Oliveira Lima, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 26.08.2015. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski.

Plenário, 27.08.2015.

Caso o juiz discorde, ele poderá invocar o procedimento previsto no art. 28 do CPP remetendo a manifestação do Promotor de Justiça ao Procurador Geral de Justiça (ou no caso de Procurador da República, encaminhando a circunstância à Câmara de Coordenação e Revisão do MPF).

Mesmo após a proposta ter sido aceita, alguma das partes pode voltar atrás e se retratar segundo o § 10 do art. 4º, as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (§ 14 do art. 4º).

Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor (§ 15 do art. 4º).

Valor probatório da colaboração: declarações do colaborador devem ser corroboradas com outras provas. Segundo o § 16 do art. 4º da Lei, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317 C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E

ART. 1º, V, DA LEI 9.613/1998). PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. ACESSO

INTEGRAL AOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NO ÂMBITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E

MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. Em se tratando de procedimento eletrônico, o sincronismo das partes quanto ao acesso aos autos afasta, com autorização da lei, o sentido da aplicação subsidiária do art. 229 do CPC/2015 mediante concessão de prazo dobrado para manifestação dos acusados assistidos por defensores distintos.

Precedentes. 2. “Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colaboração premiada que lhe digam respeito” (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016). 3. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.6.2015; INQ 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015). 4. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 5. **Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016).** No caso, há indiciariamente substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 6. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (INQ 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016; e INQ 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.9.2016),

porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (INQ 2.191, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 8.5.2009), sequer descrita nos presentes autos. 7. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317 do Código Penal e art. 1º, caput, V, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012.

Decisão - A Turma deliberou adiar a continuidade do julgamento para a próxima sessão, por indicação do Relator. Falaram: pelo Ministério Público Federal, a Dra. Cláudia Sampaio Marques; pelo denunciado Djalma Rodrigues de Souza, o Dr. Gentil Ferreira de Souza Neto; e, pelo denunciado Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva, o Dr. Hamilton Carvalhido. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 22.8.2017. Decisão: Adiado o julgamento para a próxima sessão por indicação do Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 29.8.2017. Decisão: Após o voto do Relator, recebendo em parte a denúncia, e do voto do Ministro Dias Toffoli, que a rejeitava integralmente, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 12.9.2017. Decisão: Após o voto do Ministro Relator, recebendo em parte a denúncia, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e do voto divergente do Ministro Dias Toffoli, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 24.10.2017. Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, que rejeitava a denúncia, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 27.2.2018. Decisão: A Turma, por maioria, recebeu em parte a denúncia, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, restando prejudicada a questão suscitada pelo Ministério Público Federal. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 8.5.2018. [grifo nosso]

Para a jurisprudência, a simples delação do corrêu não é suficiente para uma condenação.

4 A AUTORIDADE POLICIAL E LEGITIMIDADE PARA CELEBRAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA - JULGAMENTO ADI 5.508

A redação da Lei nº 12.850/2013 permite durante o inquérito policial, o acordo de Colaboração premiada celebrado entre o Delegado de Polícia e o investigado. A autoridade policial possui legitimidade para celebrar acordo de colaboração premiada, bastando que haja manifestação (parecer) do MP¹⁵.

Art. 4º (...)

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

(...)

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Nas palavras de Anselmo (2016, p. 84[1]), “considerando que o Delegado de Polícia preside a investigação criminal realizada por meio do inquérito policial (Lei nº 12.830/2013), nada mais coerente que o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo da investigação”

Ocorre que esse dispositivo foi motivo de Impugnação por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5508, a ação impugnava as expressões “e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público” e “entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso”, contidas nos referidos dispositivos, que conferem legitimidade ao delegado de polícia para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada (Informativo 888).

Porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), julgou a Ação e considerou constitucional a possibilidade de delegados de polícia realizarem

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20.06.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 18/09/2018.

acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial¹⁶. Por maioria de votos, os ministros se posicionaram pela improcedência da ação, na qual a Procuradoria-Geral da República (PGR) questionava dispositivos da Lei 12.850/2013 - Lei que define organização criminosa e trata da colaboração premiada.

O ministro Marco Aurélio (relator), se posicionou no sentido de que o delegado de polícia pode formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial.

De acordo com a decisão, embora não seja obrigatória a presença do Ministério Público em todas as fases da elaboração dos acordos entre a autoridade policial e o colaborador, o MP deve obrigatoriamente opinar. No entanto, cabe exclusivamente ao juiz a decisão homologar ou não o acordo, depois de avaliar a proposta e efetuar o controle das cláusulas eventualmente desproporcionais, abusivas ou ilegais.

A representação pelo perdão judicial, proposta pelo delegado de polícia, ante colaboração premiada, ouvido o Ministério Público, não é causa impeditiva do oferecimento da denúncia pelo órgão acusador. Uma vez comprovada a eficácia do acordo, será extinta pelo juiz, a punibilidade do delator¹⁷.

Assim, os textos impugnados versam regras claras sobre a legitimidade do delegado de polícia na realização de acordos de colaboração premiada, estabelecendo a fase de investigações, no curso do inquérito policial, como sendo o momento em que é possível a utilização do instrumento pela autoridade policial.

Os preceitos asseguram ao delegado de polícia a legitimidade para a proposição do acordo de colaboração premiada – instrumento de obtenção de prova – na fase de investigação, quando desenvolvida no âmbito do inquérito

¹⁶ GOMES, Rodrigo Carneiro. Delegado tem o poder-dever de representar ao juízo e propor colaboração premiada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policia-delegado-temopoder-dever-propor-colaboracao-premiada>. Acesso em: 18/09/2018.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Resumo do Informativo Nº 907 do STF Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/noticias/597598576/resumo-do-informativo-n-907-do-stf>. Acesso em: 18/09/2018.

policial. Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação constitucional conferida pelo artigo 144, meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial. Sendo a polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente¹⁸.

Logo, os ministros do STF decidiram conforme o que já estava previsto em lei, pois além do Ministério Público, também o Delegado de Polícia, pode firmar o acordo de delação premiada, tendo em vista que não existe exclusividade para apuração de crimes. Frederico Marques já asseverava que: Verifica-se, portanto, que a *persecutio criminis* tem dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal.

Para Guilherme de Souza Nucci, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto:

Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à apreciação do Ministério Público e à homologação pelo Judiciário.

Assim, a figura da colaboração premiada por ser uma técnica de obtenção de prova não poderia ser exclusivamente realizada pelo Ministério Público e possui em sua natureza aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20.06.2018.). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 18/09/2018. ¹⁷NUCCI, Guilherme de Souza. Resumo do Informativo Nº 907 do STF Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/noticias/597598576/resumo-do-informativo-n-907-do-stf>. Acesso em: 18/09/2018.

Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal de iniciativa pública, não o é do direito de punir¹⁷. Dessa forma, a delação premiada não retira do órgão a exclusividade da ação penal. Por conseguinte, a atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior no combate à criminalidade.

5 CRÍTICAS À LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA CELEBRAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A doutrina majoritária sustenta que a legitimidade para celebrar o acordo de colaboração premiada é exclusiva do Ministério Público. O Delegado de Polícia até poderia sugerir o acordo, mas quem decide sobre a sua celebração e condições seria o membro do MP. Destaca-se os seguintes argumentos: a) O acordo precisará ser homologado pelo magistrado e o Delegado de Polícia não teria capacidade postulatória para peticionar em juízo pedindo a homologação; b) A CF/88, em seu art. 129, I, conferiu ao MP, a titularidade da ação penal pública e, com isso, também garantiu a esse órgão a decisão sobre a viabilidade ou não da persecução penal, desta forma, não garantiu à função policial natureza jurídica, tanto que sua função está prevista no capítulo que diz respeito à segurança pública (art. 144). Alguns benefícios previstos ao colaborador implicam o não-exercício da ação penal (como o não-oferecimento de denúncia), decisão essa que só poderia ser tomada pelo MP, já que ele é o titular da ação penal¹⁹.

(...) por mais que a autoridade policial possa sugerir ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com uma simples manifestação do Ministério Público.

(...)

Por consequência, se a autoridade policial é desprovida de capacidade postulatória e legitimação ativa, não se pode

¹⁹ AVALCANTE, Márcio André Lopes. Professor de Direito, autor e editor do site Dizer o Direito. Colaboração premiada. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/colaboracaopremiada.html>. Acesso em: 18/09/2018.

admitir que um acordo por ela celebrado com o acusado venha a impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, sob pena de se admitir que um dispositivo inserido na legislação ordinária possa se sobrepor ao disposto no art. 129, I, da Constituição Federal." (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 554-555).

Para Janot, os trechos impugnados da lei, ao atribuírem a delegados de polícia legitimidade para negociar acordos de colaboração premiada e propor diretamente ao juiz concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, contrariam os princípios do devido processo legal e da moralidade. Contrariam, ainda, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (artigo 129, inciso I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (artigo 129, parágrafo 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia como órgão de segurança pública (artigo 144, especialmente parágrafos 1º e 4º).

Segundo o procurador-geral, compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia ou arquivamento. "Isso não exclui nem diminui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP a 'presidência' de inquérito policial, função que o Ministério Público nunca pleiteou, e de que não necessita para exercer suas funções constitucionais", sustenta. Para Janot, a investigação deve ocorrer em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia firmadas pelo MP, "pois é a este que tocará decidir sobre propositura da ação penal e acompanhar todas as vicissitudes dela, até final julgamento.²⁰

Renato Brasileiro de Lima (2017, pág.783) afirma que faltaria ao Delegado de Polícia legitimidade e capacidade postulatória, posto que a Lei 12.850/2013 tem de ser homologada pelo juiz (art. 4º,§7º), in verbis:

De mais a mais, ainda que o acordo de delação premiada seja celebrado durante a fase investigatória, sua natureza processual resta evidenciada a partir do momento em que a própria Lei 12.850/2013, impõe a necessidade de homologação judicial.

²⁰ PORTAL STF - Ação questiona poder de delegado para realizar acordo de colaboração premiada, publicado em 02/05/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315678>. Acesso em: 18/09/2018.

Diante do exposto, as atividades exercidas pelo delegado de polícia têm natureza eminentemente administrativa e, assim, não são uma função “jurídica”, apesar de envolverem elementos jurídicos. Ao atribuir *status* jurídico às funções de delegado de polícia, acaba por aproximar tais funções com as do juiz, Ministério Público e do advogado ou defensor público, pois estes sim são de natureza eminentemente jurídica.²¹

O ministro Edson Fachin julgou parcialmente procedente a ação, para, sem redução de texto, excluir a interpretação aos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013 que contemple poderes aos delegados de polícia para celebrar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada em que se estabeleça transação envolvendo o poder punitivo estatal. E, por arrastamento, declarar como excluído da expressão “ou do delegado de polícia”, constante do inciso IV do art. 6º da referida lei, o sentido de firmar, sem manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada.

Dos 11 ministros, apenas Edson Fachin votou no sentido de que a polícia pode participar das negociações, mas não pode fechar acordo. Assim, a crítica à legitimidade de o delegado de polícia celebrar o acordo de colaboração premiada está embasada no sentido de que o STF estaria concedendo a titularidade parcial a quem não tem legitimidade, diluindo o instituto da Colaboração Premiada e esgarçando os poderes do Ministério Público.

6 CONCLUSÃO

A decisão do STF na ADI 5508, conferiu legitimidade de celebração do acordo de colaboração premiada estendendo aos Delegados de Polícia, como foi previsto na lei 12.850/2013, afirmando não violar os princípios Constitucionais como o do sistema acusatório, devido processo legal, e o da moralidade.

Ocorre que a ação penal é de titularidade do MP, então o STF estaria concedendo a titularidade parcial a quem não tem legitimidade, pois o delegado de polícia pode até fazer a proposta, mas eventual acordo tem que ser celebrado com o MP.

²¹ LIMA, Marcellus Polastri. Ministério Público e Persecução Criminal. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/c2ac777edb8628f5eba24cca366893ee.pdf>. Acesso em: 18/09/2018.

A autoridade policial é desprovida de capacidade postulatória e legitimação ativa, pois o delegado de polícia tem natureza eminentemente administrativa e não exerce função jurídica. Logo, *status* jurídico atribuído às funções de delegado de polícia, contrariam os princípios do devido processo legal e da moralidade, pois a função constitucional da polícia é de órgão de segurança pública.

REFERENCIAS

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 52. ed. São Paulo: 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 5.508-DF. Relator. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 18/09/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 QO-terceira / MG. Min. Eros Grau. Diário de Justiça, 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF, Pleno, habeas corpus 127.483 , rel.Min. Dias Tóffoli, julgamento em 27.08.2015

BRASIL. Lei no.12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Dispõe sobre organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 ago.2013

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Professor de Direito, autor e editor do site Dizer o Direito. Competência para homologação do acordo de colaboração premiada se o delatado tiver foro por prerrogativa de função. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/05/competencia-para-homologacao-doacordo.html>. Acesso em: 18/09/2018.

DA SILVA, Eduardo Araújo. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 309/310.

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

HONORIO, Matheus. Ponte de Ouro, de Prata e de Diamante. Disponível em: <https://matheushonoriomacedobarros.jusbrasil.com.br/artigos/469575499/ponte-deouro-de-prata-e-de-diamante>. Acesso em: 20/09/2018.

LIMA, Marcellus Polastri. Ministério Público e Persecução Criminal. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/c2ac777edb8628f5eba24cca366893ee.pdf>. Acesso em: 18/09/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 545.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, p. 30.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e execução penal. São Paulo: RT, 2008, p. 418.

NUCCI, Guilherme de Souza. Resumo do Informativo Nº 907 do STF Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/noticias/597598576/resumo-doinformativo-n-907-do-stf>. Acesso em: 18/09/2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris.