

Publicações da Escola da AGU

COMBATE A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS

volume 12 - n. 02 - Brasília-DF, maio/ago. 2020

ISSN-2525-3298

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 12	n. 02	p. 1-464	maio/ago. 2020
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

José Levi Mello do Amaral Júnior

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Fabrcio da Soller

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fabrcio da Soller	Secretário-Geral de Consultoria
Vinfcius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vládia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Andreia Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral de Ensino

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADORES/CONSELHO EDITORIAL

José Marcos Lunardelli	Desembargador Federal no TRF da 3ª Região
Tércio Issami Tokano	Adjunto do Advogado-Geral da União
Rita Dias Nolasco	Diretora da Escola da AGU na 3a Região
Danilo Barbosa Sant'Anna	Diretor Nacional da Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores não expressando as posições oficiais da AGU ou da República Federativa do Brasil.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal, a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral e a partir de 2020 periodicidade quadrimestral. A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Tércio Issami Tokano (Secretário Executivo do Ministério da Justiça)

José Marcos Lunardelli (Desembargador Federal no TRF da 3ª Região)

Rita Dias Nolasco (Diretora da Escola da AGU na 3ª Região)

Danilo Barbosa Sant'Anna (Diretor Nacional da Escola da AGU)..... 7

PREFÁCIO..... 9

CAPÍTULO 1: GESTÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

A Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça e o Combate à Corrupção, à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo: o provimento n. 88/2019 e a atuação dos serviços extrajudiciais na sua colaboração com políticas de prevenção

The National Justice Department of the National Justice Council and the Fight against Corruption, Money Laundering and the Financing of Terrorism: Provision no. 88/2019 and the performance of extrajudicial services in their collaboration with prevention policies

Ministro Humberto Martins..... 11

O Impacto da Corrupção sobre a Eficiência das Políticas Públicas Especialmente na Saúde e na Educação

The Impact of Corruption on the Efficiency of Public Policies Especially in Health and Education

Marcelo Figueiredo..... 29

Whistleblower e Políticas de Não-Retaliação como Meios de Combate à Corrupção

Whistleblower And Non-Retaliation Policies As Ways To Fight Corruption

Irene Patrícia Nohara 47

Grupo Permanente de Atuação Proativa da Procuradoria-Geral da União sob a Perspectiva de uma Política Pública Efetiva Voltada ao Combate à Improbidade Administrativa e à Corrupção, bem como ao Incremento da Recuperação de Ativos

Permanent Group of Proactive Action of the Union's Attorney-General from the Perspective of an Effective Public Policy Aimed at Fighting Against Administrative Dishonesty and Corruption, as Well as Increasing the Assets Recovery

Isabela Neves Silveira

Luiz Carlos de Freitas..... 59

CAPÍTULO 2: REGULAÇÃO, ANTICORRUPÇÃO E INSTRUMENTOS DE COMPLIANCE PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Compliance no Mercado de Obras de Arte e Proteção do Patrimônio Cultural

Compliance in the Market for Works of Art and Protection of Cultural Heritage
Inês Virgínia Prado Soares..... 85

Ouvcon: O Canal de Ouvidoria da Defesa do Consumidor como Ferramenta de Participação Social e de Integridade

Ouvcon: The Consumer Protection Ombudsman Channel as a Tool for Social Participation and Integrity
Luciano Benetti Timm
Ronaldo Vieira Bento.....107

Sete Anos de Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

Seven Years of Anti-Corruption Law (Law 12.846 / 2013)
Paulo Henrique dos Santos Lucon121

Open Contracting: mais uma importante ferramenta no combate à corrupção e promoção da integridade pública

Open Contracting: another important tool to fight corruption and enhance integrity
Laura Mendes de Barros.....133

Compliance como Ferramenta de *Enforcement* Anticorrupção na Administração Pública

Compliance as an Anti-Corruption Enforcement Tool in Public Administration
Anna Carolina Faraco Lamy.....151

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Desafios do Combate a Corrupção pela Identificação do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos Federais no Brasil

Challenges of Combating Corruption by Identifying the Illicit Enrichment of Federal Public Agents in Brazil
Rodrigo Fernando Machado Chaves.....173

CAPÍTULO 4: TRANSNACIONALIDADE E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Cooperação Internacional: importante instrumento no combate à corrupção transnacional

International Cooperation: important instrument in the fight against transnational corruption
Augusto César Monteiro Filho
Henrique Ávila
Rita Dias Nolasco191

Perspectivas do Transconstitucionalismo no Combate à Corrupção Globalizada <i>Perspectives of Transconstitutionalism in the Fight Against Globalized Corruption</i> Augusto César Monteiro Filho Flávia Cristina Piovesan	215
Eficácia da Recuperação de Ativos no Exterior: cooperação penal x cooperação civil <i>Effectiveness of International Assets Recovery: international legal cooperation in criminal matters versus civil matters</i> Carolina Yumi de Souza	239
Desafios para o Enfrentamento da Corrupção Transnacional a partir do Enfoque do Direito Internacional da Anticorrupção <i>International Anticorruption Law In Brazil</i> Denise Neves Abade	255
O Combate à Corrupção como Garantia do Direito Internacional dos Direitos Humanos <i>Combating Corruption as a Guarantee of International Human Rights Law</i> Luiz Fabricio Thaumaturgo Vergueiro	277
CAPÍTULO 5: COORDENAÇÃO E COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO	
Coordenação e Cooperação Interinstitucional na Luta Contra a Corrupção: alguns apontamentos <i>Interinstitutional Coordination and Cooperation in the Fight Against Corruption: some notes</i> Vanir Fridriczewski	291
CAPÍTULO 6: ACORDOS DE LENIÊNCIA, COLABORAÇÃO PREMIADA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
Lei Anticrime e suas Inovações: colaboração premiada, acordo de não persecução penal, sequestro de bens/confisco alargado e prisão preventiva <i>Anticrime Law and its Innovations: winning collaboration, non-criminal prosecution agreement, asset seizure / extended confiscation and preventive detention</i> Fausto Martin De Sanctis	309
Transações em Processos Sancionatórios: itinerários e desafios <i>Transactions in Sanctionary Processes: itineraries and challenges</i> Floriano de Azevedo Marques Neto Rafael Vêras de Freitas	337

Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento de segurança jurídica
Leniency agreement in the Anticorruption Law: legal security bottlenecks
Thiago Marrara.....357

O Instituto da Colaboração Premiada como Importante Meio de Combate à Corrupção na Administração Pública
The Institute of Collaboration Awarded as an Important Means of Combating Corruption in Public Administration
André Luís Callegari.....379

CAPÍTULO 7: REFLEXOS DA LINDB NA LEI DE IMPROBIDADE

Reflexos do Art. 28 da LINDB na Lei de Improbidade Administrativa: uma nova forma de combate à corrupção por meio de uma melhor gestão pública
Reflections of Art. 28 of the LINDB in the Administrative Improbity Law: a new way to fight corruption through better public management
Murillo Giordan Santos.....393

A Promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi Capaz de Cumprir
The Promise that the Administrative Improbity Law Was Not Able to Deliver
Carlos Ari Sundfeld
Ricardo Alberto Kanayama.....409

CAPÍTULO 8: CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO

Super-Corruption and its Implications for Criminal Prosecution
Super Corrupção e suas Implicações para o Processo Criminal
Eduardo Salcedo-Albarán
Luis Jorge Garay-Salamanca427

Russian Public Procurement Law: general characteristics and anti-corruption standards
General Characteristics of Russian Public Procurement Law
Olga Belyaeva
Kuzma Kichik445

APRESENTAÇÃO

“Não é nossa função controlar todas as marés do mundo, mas sim fazer o que pudermos para socorrer os tempos em que estamos inseridos, erradicando o mal dos campos que conhecemos, para que aqueles que viverem depois tenham terra limpa para cultivar. Que tempo encontrarão não é nossa função determinar.”

J.R.R. Tolkien

“Faça a cada dia algo que o aproxime um pouco mais de um amanhã melhor.”

Doug Firebaugh

A presente Coletânea é fruto da parceria entre a Escola da Advocacia-Geral da União na 3ª Região e a Escola de Magistrados - Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cujo pontapé inicial foi a realização de relevantes diálogos interinstitucionais nos Congressos de Combate à corrupção na Administração Pública, organizados conjuntamente em agosto de 2018 na 1ª edição e, em outubro de 2019 na 2ª edição, ambos na cidade de São Paulo.

A corrupção sistêmica corrói a democracia, inibe o crescimento econômico e o desenvolvimento do país, desestabiliza a confiança nas instituições (especialmente as que exercem funções essenciais à Justiça) e perpetua ciclos de pobreza.

A presente obra conta com diversos artigos científicos de autoria de magistrados, promotores, advogados públicos e privados, grandes estudiosos, brasileiros e estrangeiros, que dialogam com profundidade sobre os principais instrumentos de combate à corrupção na Administração Pública e revelam importantes reflexões teóricas e pragmáticas sobre gestão, políticas públicas, regulação, anticorrupção, compliance e responsabilização do agente público. São abordados também os temas da transnacionalidade e da cooperação jurídica internacional, bem como a coordenação e cooperação interinstitucional no combate à corrupção, acordos de leniência, colaboração premiada, improbidade administrativa e reflexos da LINDB na Lei de Improbidade. Finalizam a compilação duas notáveis contribuições do Direito Estrangeiro, comprovando o caráter transnacional do tema.

Acreditamos que o combate à corrupção depende da cooperação de todos, sendo fundamental a união de esforços entre todas as instituições públicas, cada uma exercendo suas atribuições constitucionais e atuando de forma colaborativa e coordenada. Este é o propósito que inspirou a presente obra!

Os coordenadores

Tércio Issami Tokano
(Secretário Executivo do Ministério da Justiça)

José Marcos Lunardelli
(Desembargador Federal no TRF da 3ª Região)

Rita Dias Nolasco
(Diretora da Escola da AGU na 3ª Região)

Danilo Barbosa Sant'Anna
(Diretor Nacional da Escola da AGU)

PREFÁCIO

“A maioria das pessoas imagina que o mais importante no diálogo é a palavra. Engano: o importante é a pausa. É na pausa que duas pessoas se entendem e entram em comunhão.” – Nelson Rodrigues

Existem alguns possíveis consensos quando o assunto é combate à corrupção na administração pública. Um deles é de que se trata de tema transdisciplinar, devendo ser analisado de modo sistêmico sob variadas vertentes e perspectivas teórico-científicas. Outro consiste na necessidade de propor alterações normativas visando ao aprimoramento de institutos jurídicos e o fortalecimento das instituições do sistema de Justiça.

Um terceiro, bastante recorrente, é de que a efetividade do combate à corrupção guarda direta proporção com a capacidade organizativa do Estado, no sentido de que todas as instituições que lidam com a temática devem atuar de forma colaborativa, interativa e otimizada, de tal modo que, preservando-se os limites das atribuições de cada uma, a moralidade administrativa seja protegida de forma racional e sustentável, sem voluntarismos ou personalismos transitórios.

É nesse terceiro contexto que, para a satisfação de todos os que lutam por um país mais justo, vem a lume a obra coletiva “Combate à Corrupção na Administração Pública – Diálogos Interinstitucionais”, coordenada pelo eminente Desembargador Federal José Marcos Lunardelli, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e pelos colegas da Advocacia-Geral da União Danilo Barbosa Sant’Anna, Rita Dias Nolasco e Tercio Issami Tokano, todos com destacada atuação acadêmica ou profissional na área de combate à corrupção.

A participação de renomados juristas nacionais e estrangeiros na presente coletânea, brindando-nos com reflexões extraídas de suas variadas vivências, quer na condição de pesquisadores, quer enquanto notáveis profissionais que honram o Magistério, a Magistratura, o Ministério Público e a Advocacia, garante, pela riqueza de conteúdo e pluralidade de visões, o caráter efetivamente dialógico que, para além de dar título à obra, qualifica sobremaneira o conjunto de artigos ora ofertados à comunidade jurídica.

Os diálogos interinstitucionais ocorridos em eventos da Escola da Advocacia-Geral da União, em parceria com a Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, agora vertidos nesta obra, são a prova de que é possível construir unidade de propósitos em meio à diversidade de visões. Esta reflete a riqueza e legitimidade de todas as instituições do sistema de Justiça. Aquela representa o entrelaçamento colaborativo, respeitoso e responsável de todos aqueles que, unidos pelo desiderato comum e perene de construir um país mais livre, justo e solidário, desejam inserir o Brasil no seleto rol de países que combatem exitosamente a corrupção na administração pública.

Brasília, junho de 2020.

André Luiz de Almeida Mendonça

Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil

A CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O COMBATE
À CORRUPÇÃO, À LAVAGEM DE DINHEIRO E
AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO: O
PROVIMENTO N. 88/2019 E A ATUAÇÃO DOS
SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS NA SUA COLABORAÇÃO
COM POLÍTICAS DE PREVENÇÃO

*THE NATIONAL JUSTICE DEPARTMENT OF THE NATIONAL
JUSTICE COUNCIL AND THE FIGHT AGAINST CORRUPTION, MONEY
LAUNDERING AND THE FINANCING OF TERRORISM: PROVISION NO.
88/2019 AND THE PERFORMANCE OF EXTRAJUDICIAL SERVICES IN
THEIR COLLABORATION WITH PREVENTION POLICIES*

Ministro Humberto Martins

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e bacharel em Administração de Empresas pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió. Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 2006 e Ex-Ministro Corregedor Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça. É membro do Conselho de Orientação Jurisprudencial da Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC) e da Rede Internacional de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. É coordenador da coluna “Direito Civil Atual”, da revista “Consultor Jurídico”. Presidente do Superior Tribunal de Justiça e Presidente do Conselho da Justiça Federal.

SUMÁRIO. Introdução: o combate à corrupção como um imperativo global e transnacional; 1 O Poder Judiciário no combate à corrupção e os cartórios como parte do sistema de justiça; 2 O Provimento n. 88/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ e a colaboração dos serviços extrajudiciais com a ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Direito); 3 Conclusão: a necessidade de inovação no Poder Judiciário e no sistema de justiça para solucionar os dilemas da contemporaneidade; Referências.

RESUMO: O artigo descreve a implantação da política de prevenção à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo pela Corregedoria Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, do Brasil. Primeiro, ele expõe como o combate à corrupção se tornou parte de uma agenda global e transnacional. Depois, ele traça considerações teóricas sobre o papel do Poder Judiciário brasileiro e dos notários e registradores como parte do sistema de justiça e de seu papel no combate à corrupção. Após isso, ele descreve o Provimento n. 88/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça e as ações de cooperação dos notários e registradores com a estratégia brasileira de combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Por fim, o artigo conclui que o Poder Judiciário brasileiro precisa estimular ações inovadoras para que possa haver sua integração em um movimento global e transnacional de combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. Notários e Registradores. Políticas de Prevenção à Corrupção.

ABSTRACT: The article describes the creation of a policy towards the prevention of corruption, money laundering, and terrorism financing by the National Judicial Controller Office of the Brazilian National Council of Justice. First, it exposes how the fight against corruption became a part of the global and transnational agenda. Afterward, it brings forth some theoretical considerations about both the Brazilian judicial power and the notaries and registrars as part of a justice system, and their role in the fight against corruption. Therefore, it describes the Regulation No. 88 of 2019 from the Brazilian National Controller Office and the measures of cooperation of the notaries and registrars with the Brazilian strategy to fight corruption, money laundering, and terrorism financing. Finally, it concludes that the Brazilian judicial power must enforce innovative solutions to integrate itself among the global and transnational efforts to eradicate corruption, money laundering, and terrorism financing.

KEYWORD: Brazilian National Council of Justice. National Judicial Controller Office. Notaries and Registrars. Corruption Prevention Policies.

INTRODUÇÃO: O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO UM IMPERATIVO GLOBAL E TRANSNACIONAL

O presente artigo visa evidenciar as potencialidades de atuação do Poder Judiciário no combate à corrupção por um prisma diferente. Usualmente, o Poder Judiciário é lembrado pela sua evidente função judicante. É certo que o bom funcionamento de uma sociedade protegida contra os males da corrupção requer um aparato judicial que possa processar e julgar com celeridade e equilíbrio tais demandas. Assim, o processamento veloz, porém respeitoso, aos ditames constitucionais do devido processo legal é necessário para garantir a efetividade tanto das investigações quanto das eventuais ações penais. O problema da corrupção não é uma característica única do Brasil ou mesmo da América Latina. Com ele se conjugam os dilemas da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo. São problemas mundiais, pois afetam vários países ao redor do mundo, ainda que por meio de formas diferentes e com graus diversos de danos¹. Igualmente, eles são problemas transnacionais, uma vez que um dos pontos centrais da corrupção, da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo é a ocultação de receitas ilícitas. Pondera Thiago José Zanini Godinho que a questão do combate à corrupção é um fenômeno originalmente econômico, cuja tradução para a semântica jurídica é bastante complexa. No entanto, como frisa o referido autor, o direito internacional, ao longo dos anos, foi muito importante para se conseguir alcançar a estabilização de alguns conceitos razoavelmente partilhados e harmonizados entre os diversos países envolvidos².

Ainda, em se tratando de problemas transnacionais, é necessário que haja ferramentas de cooperação para que os vários países possam unir esforços em prol de ofertar soluções. Tanto a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)³ quanto a ONU (Organização das Nações Unidas) e o Conselho da Europa⁴ produziram

1 GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAIM, Moises. The globalization of corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org.). *Corruption and the global economy*. Washington: Peterson Institute for International Economics, 1997. p. 7-27. Disponível em: <http://www.adelinotorres.info/economia/a_globalizacao_da_corrupcao.pdf>.

2 GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011.

3 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris, 21 nov. 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Assinada e promulgada pelo Brasil: BRASIL. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Brasília: *Diário Oficial da União*, 1 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>.

4 CONSELHO DA EUROPA. *Criminal Law Convention on Corruption, ETS No.173*. Estrasburgo: 27 jan. 1999. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>>; CONSELHO

tratados internacionais com foco no combate à corrupção. Além disso, a OEA (Organização dos Estados Americanos) firmou a Convenção Interamericana contra a Corrupção em 1996⁵. A União Europeia também possui dois tratados específicos sobre o combate à corrupção⁶. Cabe frisar, preliminarmente, que o Conselho da Europa não deve ser confundido com um órgão da União Europeia. Enquanto o Conselho da Europa é uma típica organização internacional, a União Europeia é um processo de integração, com uma governança peculiar e inédita na história mundial. Ela iniciou sua trajetória por meio de tratados internacionais e, atualmente, possui uma Carta de Direitos Fundamentais⁷, bem como uma estrutura de governo que se entrelaça com os órgãos de governo e da Administração Pública dos seus Estados-membros.

O primeiro documento internacional que merece ser esquadrihado é a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, de 2003. O Brasil promulgou essa Convenção na sua ordem jurídica nacional por meio do Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006⁸. A primazia da menção não se deve à originalidade, uma vez que outros tratados internacionais foram firmados sobre a mesma matéria, antes, como indicado no parágrafo anterior. O primado dessa Convenção das Nações Unidas se refere a sua amplitude, uma vez que ela é o tratado internacional de caráter multilateral mais acessível e em vigor. O objetivo primordial da Convenção se refere ao estabelecimento de cooperação técnica e jurídica entre os Estados signatários para garantir a efetividade das investigações e dos processos de repressão à corrupção, bem como para possibilitar a reparação dos danos sofridos em decorrência dos ilícitos. Além disso, a Convenção lista medidas preventivas que devem ser instituídas pelos

DA EUROPA. *Civil Law Convention on Corruption, ETS No.174*. Estrasburgo: 4 nov. 1999. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>>.

- 5 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana contra a corrupção*. Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais/Escritório de Cooperação Jurídica, 1996. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>.
- 6 UNIÃO EUROPEIA. *Convenção estabelecida com base no n. 2, alínea "c", do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 25 jun. 1997. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625(01))>; UNIÃO EUROPEIA. *Convenção estabelecida com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 27 nov. 1995. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41995A1127\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41995A1127(03))>.
- 7 UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Bruxelas: *Jornal Oficial da União Europeia*, 18 dez. 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.
- 8 BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Brasília: *Diário Oficial da União*, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>.

Estados Partes. Vale transcrever o artigo 5º e seus parágrafos, que tratam, de modo geral, da construção de políticas públicas preventivas:

Artigo 5º. Políticas e práticas de prevenção da corrupção.

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.
2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.
3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.
4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção⁹.

Dessas políticas gerais derivam as necessidades de atribuição de competência para órgãos específicos com a atribuição do combate à corrupção, como está prescrito no Artigo 6º e parágrafos da Convenção. Deve ser dado destaque para a necessidade de que esses órgãos cooperem entre si para a consecução das políticas públicas de combate à corrupção, tal como definido no Artigo 38 do tratado internacional em questão. Ainda, é importante mencionar que a Convenção reconheceu a necessidade, que já era corrente nos estudos e políticas públicas de alguns países, de construção de um órgão estatal (departamento) de inteligência financeira, para subsidiar o combate à lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, como firmado no Artigo 14. Essa prescrição está no Artigo 48 da Convenção.

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. Brasília: Escritório contra Drogas e Crime das Nações Unidas, 2007. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>.

O Brasil criou o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras¹⁰) pela Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998¹¹. Esse órgão possui a importante missão de prover as investigações e os processos com informações úteis ao combate à lavagem de dinheiro e a ocultação de bens e recursos, tema que se integra com o problema do combate à corrupção. O COAF opera como um centro de acúmulo de informações para que haja o devido cruzamento e o devido encaminhamento delas às autoridades às quais estejam atribuídas legalmente as competências específicas para a investigação e para o processamento de feitos relativos ao combate à corrupção. Como já foi indicado no início desta introdução, este artigo visa a evidenciar um papel diferente do Poder Judiciário brasileiro no combate à corrupção. Esse novo papel se materializa na atuação preventiva e fiscalizadora.

1 O PODER JUDICIÁRIO NO COMBATE À CORRUPÇÃO E OS CARTÓRIOS COMO PARTE DO SISTEMA DE JUSTIÇA

A função precípua do Poder Judiciário é julgar os processos judiciais submetidos a sua apreciação de forma consoante com os ditames constitucionais e legais. Um tema que se apresenta como muito relevante é o tempo de apreciação dos processos judiciais. O descontentamento da sociedade brasileira com a demora na prestação jurisdicional deu ensejo a duas modificações no texto constitucional por força da Emenda Constitucional n. 45/2004. A primeira foi a incorporação, no rol dos direitos fundamentais, do princípio da duração razoável dos processos administrativos e judiciais, inscrito como o inciso LXXVIII do art. 5º. A segunda foi a criação do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) nos termos do inciso I-A do art. 92 e do art. 103-B. Somente a criação do princípio da duração razoável do processo não seria suficiente; foi muito importante a construção do CNJ para velar pelo ele. O tema da duração razoável do processo se espraia para a questão do combate à corrupção, uma vez que o Poder Judiciário precisa julgar os feitos antes que sejam alcançados pela prescrição. Isso tem melhorado ao longo dos anos, como bem diagnosticam Alencar Frederico Margraf, Givanildo Woglers de Proença e Ricardo Bispo Razaboni Junior:

10 MINISTÉRIO DA ECONOMIA: COAF. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*. Brasília. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf>>.

11 FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; ZANON, Patricie Barricelli. Políticas públicas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro no Brasil: COAF e arranjo institucional. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 67-91, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/viewFile/139/179>>.

A estrutura da Justiça brasileira vem evoluindo lentamente no decorrer dos anos em virtude dos poucos investimentos na área. Por essa razão ela não tem conseguido acompanhar o aumento do número de processos, causando assim maior lentidão nos julgamentos, que acabam caindo na impunidade em face da prescrição, dessa forma a demora em julgar um corrupto pode se estender por anos. Apesar de ser um ponto apresentado por Gonçalves e Garcia, tem-se que argumentar que são cada vez mais raros os casos de prescrição processual em face da demora do andamento da Ação Penal¹².

Essa melhoria ocorreu, sem sombra de dúvida, em razão da atuação do próprio Poder Judiciário na sua função de administrador. Concorreu positivamente para isso o fato de que o Poder Judiciário brasileiro, em sintonia com a literatura técnica e as recomendações internacionais, é dotado de autonomia administrativa, de forma a poder funcionar com a necessária isenção, ou seja, com independência no momento de julgar¹³. Essa independência é muito relevante para garantir que os processos judiciais sejam apreciados de forma neutra em relação às partes, uma característica essencial para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. A política pública de construção de conselhos nacionais de justiça ou da magistratura perpassou toda a América Latina, como bem indicam Alexandre Veronese e Eduardo Manuel Val¹⁴. E um ponto central de todas as reformas empreendidas no período residia exatamente no fortalecimento da capacidade institucional dos sistemas judiciários da região para ofertar mais segurança jurídica e, assim, melhores serviços para a população. Como bem anotou Charles Pessanha, o instituto jurídico dos conselhos de justiça ou de magistratura para o controle do Poder Judiciário possui origens mais distantes, que se inspiram nos sistemas judiciários dos países de tradição romano-germânica:

12 MARGRAF, Alencar Frederico; PROENÇA, Givanildo Woglers de; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Corrupção: reflexos institucionais e sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 113. p. 75-95. Revista dos Tribunais, maio/jun. 2019. p. 89.

13 LINARES, Sebastián. La independencia judicial: conceptualización y medición. *Política y gobierno*, v. 11, n. 1, p. 73-126, 2004. Disponível em: <<http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/viewFile/340/250>>; SHARMAN, Jeffrey M. Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad. Washington, DC: Banco Interamericano de Desenvolvimento/American Judicature Society, 1996. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3912/bid-etica-judicial.pdf>>.

14 VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. A reforma do judiciário na América Latina: O Conselho Nacional de Justiça brasileiro na perspectiva comparada com a Argentina. In: GUEDES, Marco Aurélio Peri (org.); BALERDI, Juan Carlos (org.). *Teoria do Estado e do Direito no Século XXI: novos diálogos Brasil-Argentina*. São Paulo: All Print, 2012, p. 33-51; VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas comparativas acerca dos conselhos nacionais de justiça do Brasil e da Argentina. *Revista de Ciências Sociais (UGF)*, v. 14, n. 1, p. 7-23, 2008.

O constitucionalismo liberal incorporou o princípio da separação de poderes, garantindo a independência do Judiciário, mas seu funcionamento permaneceu ligado ao Poder Executivo, como nos casos da França e da Itália. Após a Segunda Guerra Mundial, foram criadas e aperfeiçoadas, progressivamente, instituições sob a designação genérica de “conselhos da magistratura”, com estrutura e objetivos definidos constitucionalmente, cujo denominador comum é a administração do Poder Judiciário, visando à garantia de sua independência e ao exercício do controle externo sobre a atuação dos seus membros. De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, na Europa arruinada, a França, a Alemanha e a Itália “reconstruíram seus poderes judiciais sobre suas bases ou pelo menos tentaram”. Seguindo esses exemplos, os países representantes da chamada “terceira onda” da democracia, como Portugal e Espanha, e outros na América Latina, criaram “conselhos da magistratura” após a queda de seus regimes autoritários. Sobre tudo a partir da década de 1980, novos pactos constitucionais foram concebidos nos países latino-americanos e algumas constituições incluíram, em seus textos, os conselhos, ao passo que outras o fizeram mediante reformas, motivadas pelas pressões internas e externas¹⁵.

Passados muitos anos da institucionalização do CNJ, este desempenha um papel de ordenação não somente do aparelho judiciário em sentido estrito. O CNJ também possui a função de fixar a regulamentação nacional aplicável aos serviços extrajudiciais, como pode ser depreendido do art. 14 do Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ¹⁶. Assim, em sintonia com essa missão, é possível identificar que a verdadeira rede nacional de tabelionatos, de cartórios e de registros tem desempenhado um papel muito importante para o processo de desjudicialização. Esse processo tem avançado ao longo dos anos e permitido que os cidadãos possam se socorrer por meio dos serviços extrajudiciais para resolver diversas questões jurídicas que, anteriormente, somente poderiam ser dirimidas no sistema judiciário¹⁷. Dessa forma, é necessário identificar

15 PESSANHA, Charles. Controle do judiciário: o Conselho Nacional de Justiça. In: AVRITZER, Leonardo (org.); BIGNOTTO, Newton (org.); FILGUEIRAS, Fernando (org.); GUIMARÃES, Juarez (org.); STARLING, Heloísa (org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 505-511.

16 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça (aprovado pela Portaria n. 211, de 10 de agosto de 2009 e alterado pela Portaria n. 121, de 6 de setembro de 2012)*. Brasília. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/regulamento-geral-da-corregedoria-nacional-de-justica>>.

17 ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 101-122, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/151/140>>.

que os serviços extrajudiciais fazem parte do sistema de justiça, entendido esse conceito como mais amplo do que o Poder Judiciário. Logo, como parte do sistema de justiça e regulados pelo CNJ e pelas corregedorias estaduais de justiça, os serviços extrajudiciais devem ser parceiros no desenvolvimento das políticas públicas que são desenvolvidas pelo Poder Judiciário. É a partir dessa perspectiva que deve ser entendido o relevante papel que foi atribuído aos serviços extrajudiciais no combate à corrupção, como será descrito no próximo tópico.

2 O PROVIMENTO N. 88/2019 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA DO CNJ E A COLABORAÇÃO DOS SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS COM A ENCCLA (ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DIREITO)

Antes de descrever o recente Provimento n. 88 da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, vale frisar que podem ser identificados vários esforços do Poder Judiciário brasileiro em prol de colaborar com o sistema de monitoramento e de fiscalização para auxiliar no combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Na experiência internacional, como indicado antes, a repressão à lavagem de dinheiro tem se mostrado como um instrumento central para avançar as políticas públicas de combate à corrupção. Assim, o monitoramento inteligente dos fluxos de capitais e de operações que envolvam grandes somas tem colaborado sobremaneira para concretizar as diversas diretrizes prescritas pelos tratados internacionais, os quais o Brasil e diversos outros países do mundo firmaram. Como bem indicam Maximiliano Pereira de Carvalho e Marcos Vinícius Barroso, a entrada em vigor da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) mudou o paradigma da atuação estatal nessa seara¹⁸. Desse modo, ganhou força o tema da cooperação nacional e internacional para efetivar um combate à corrupção que tivesse foco na lavagem de dinheiro. Relatam os mencionados autores que a Justiça do Trabalho, por meio do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, empreendeu a construção de um Laboratório de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (LAB-D) com o objetivo de construir efetivas políticas de monitoramento de indícios de práticas ilícitas. Assim, a justiça laboral está se dotando de meios para poder colaborar com a ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro). Os autores explicam, ainda, que

18 CARVALHO, Maximiliano Pereira de; BARROSO, Marcos Vinícius. Combatendo a corrupção e a lavagem de dinheiro: a experiência da justiça do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 198, p. 19-32, Revista dos Tribunais, 2019. No mesmo sentido: BLOK, Marcelo. A nova Lei Anticorrupção e o *compliance*. *RDB: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 17, n. 65, Revista dos Tribunais, p. 263-318, jul./set. 2014.

a concretização da atuação se operacionaliza por meio de Núcleos de Pesquisa Patrimonial em todas as unidades da Justiça do Trabalho. Essa interação tem se dado com foco na cooperação com o CNJ e com diversos outros órgãos da República Federativa do Brasil, como a Procuradoria-Geral da República (PGR) e o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça. Concluem os autores que a experiência da Justiça do Trabalho é incipiente, todavia possui grande importância em razão do fortalecimento de uma cadeia de nós de uma rede que visa, exatamente, à coleta de informações que são dispersas, cuja integração é central para que haja inteligência nos processos de identificação de indícios de lavagem de dinheiro, meio pelo qual se concretiza o contemporâneo combate à corrupção. O relato dessa experiência da Justiça do Trabalho é importante para demonstrar como o Poder Judiciário tem percebido a sua nova função de colaborar com a fiscalização e o monitoramento, como meio de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

O CNJ adotou uma postura coerente com a relatada acima. Em 2019, foi firmado o Provimento n. 88/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ. Esse provimento objetiva, principalmente, fixar uma regulamentação aplicável aos serviços extrajudiciais para monitorar e colaborar com a ENCCLA, como foi noticiado pelo próprio CNJ:

Os cartórios brasileiros passarão a fazer parte da rede de instituições que combatem a corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, com a edição de um conjunto de normas da Corregedoria Nacional de Justiça. O objetivo é regulamentar como cartórios de todo o país deverão agir para coibir esses crimes. O Provimento n. 88, assinado nesta terça-feira (1º/10/2019) pelo Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Humberto Martins, determina que operações registradas em cartório e que levantaram suspeitas de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo sejam comunicadas [ao] COAF¹⁹.

O Provimento n. 88/2019 possui treze capítulos. Desses, devem ser destacados os capítulos I ao VI, que traçam regras gerais para todos os notários e registradores. Em seguida, os capítulos VII ao XII fixam regras específicas para os diversos tipos de serviços extrajudiciais. Não é possível detalhar os vários tipos de atividades que deverão ser desempenhadas pelos serviços extrajudiciais para o

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cartórios serão integrados ao combate à corrupção e lavagem de dinheiro*. Brasília, 1 out. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-serao-integrados-ao-combate-a-corrupcao-e-lavagem-de-dinheiro>>.

bom desenvolvimento da colaboração com a ENCCLA. É possível descrever, entretanto, o núcleo do Provimento, que se encontra no Capítulo II, o qual fixa a política de prevenção. O art. 7º do Provimento determina que as corregedorias estaduais de justiça, com a supervisão da Corregedoria Nacional de Justiça, deverão estabelecer políticas locais para consecução da prevenção da lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Essa política deve abranger procedimentos e controles, fixados nas alíneas do referido art. 7º. Ainda, deverá haver processos de treinamento do pessoal para atuar em tal finalidade, bem como difusão dos treinamentos para todos os envolvidos na prestação dos serviços extrajudiciais. Deverá haver procedimentos para monitorar o bom andamento dos procedimentos relacionados com as atividades de prevenção, bem como outros que se dirijam a mitigar conflitos de interesses econômicos que possam atrapalhar o bom funcionamento dos mecanismos de prevenção. Como frisado no *caput* do art. 8º e no § 2º do art. 7º, os serviços extrajudiciais são responsáveis pela concretização da política de prevenção. É estabelecida a figura jurídica do Oficial de Cumprimento, o qual pode ser nomeado pelo titular – ou interino, ou interventor – do serviço extrajudicial para se especializar no tema e, assim, exercer a supervisão da aplicação da política de prevenção em regime de responsabilidade solidária com o notário ou registrador.

A política de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo se consubstancia em procedimentos padronizados para obtenção e informação ao COAF. Os procedimentos de coleta, registro e de informação ao COAF serão protegidos da oitiva de terceiros não autorizados, de modo a preservar e garantir os direitos de todos os envolvidos. Para tanto, serão criados bancos de dados específicos e desagregados, os quais servirão de substrato para o fornecimento de informações. É certo, ainda, que as melhores tecnologias disponíveis serão utilizadas de modo a possibilitar tal proteção aos cidadãos. Cabe frisar, ainda, as palavras de Jorsenildo Dourado do Nascimento, juiz auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça que tem se dedicado com intensidade ao estabelecimento dessa política pública, ao encerrar um debate havido no CNJ sobre o tema:

Esse trabalho é um parâmetro que vai ser utilizado na avaliação do Grupo de ação financeira contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo (GAFI) para verificar nossa capacidade de aprimoramento da atividade. Este evento, junto com a contribuição do setor obrigado, vai ser de grande valia para obtermos uma melhor avaliação desse organismo internacional²⁰

Conforme leciona Marcelo Batlouni Mendroni, o GAFI foi criado em 1989, no cerne das Nações Unidas, e é uma organização intergovernamental dedicada à realização de políticas públicas transnacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo²⁰. O Brasil colabora com o GAFI em sua missão institucional, como pode ser depreendido do sítio eletrônico do Ministério da Economia, no qual podem ser acessadas informações úteis sobre essas políticas públicas²¹. Vale retornar ao início do texto, no qual se descreveu o amplo conjunto de tratados internacionais sobre a matéria. A partir do exame desde a introdução do tema nas políticas internacionais e no direito internacional, chegando até a concretização de ações de prevenção, como a que está em processo de implementação pela Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, depreende-se que o combate à corrupção é um processo amplo, que envolve a dimensão global e políticas locais. Esse será o tema da conclusão.

3 CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DE INOVAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO E NO SISTEMA DE JUSTIÇA PARA SOLUCIONAR OS DILEMAS DA CONTEMPORANEIDADE

O mundo atual é evidentemente mais complexo do que aquele vivido no século XX. Contemporaneamente, a integração econômica e social do mundo se radicalizou de tal maneira que problemas havidos em países longínquos têm potencial impacto em distantes populações, economias e Estados. De fato, cabe indicar que estamos a viver em um mundo em rede, na qual a organização política, social e econômica é marcada pela interdependência. O exemplo mais evidente dessa integração reticular é a Internet. No entanto, existem diversas outras redes em ação no mundo atual, as quais devem ser consideradas. Não é possível, por exemplo, entender os Estados como soberanias simples e que não possuem mútua influência. Na obra “O Poder da Comunicação”, Manuel Castells expõe que, atualmente, devemos entender os Estados em rede²². As redes de ação estatal, ainda, são múltiplas. A organização transnacional de mecanismos de combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo exige que os Estados e as sociedades cooperem para que haja a boa consecução de suas

20 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56-57.

21 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF)*. Brasília. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>>.

22 CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

finalidades²³. Segundo Rogério Gesta Leal, o combate à corrupção deve ser um produto de esforços de diálogo e de deliberação da sociedade. Assim, não basta apenas que haja mecanismos estatais, apesar de eles serem indispensáveis. É necessário que exista um engajamento da sociedade civil nas discussões e nas decisões públicas. Conforme exposto pelo autor:

Por outro lado e com base naqueles cenários, uma sociedade é tanto mais democrática quanto maior for o papel por ela atribuído ao raciocínio, à reflexão e ao espírito crítico na regulação de seus assuntos públicos, como quer [Talcott] Parsons, responsável pelas condições culturais e políticas da esfera pública, marcadas por altos índices de consciência emancipada e autônoma dos sujeitos da comunidade, e de suas igualdades materiais, a fim de gerar legitimidade real às deliberações e ações políticas²⁴.

Os serviços extrajudiciais configuram um excelente espaço do sistema de justiça que se conecta com os cidadãos em diversos momentos da vida civil, desde o registro de nascimentos, casamentos e óbitos, até o registro de títulos e documentos, sejam eles de propriedade, ou não. Ainda, os serviços extrajudiciais são responsáveis por um grande volume de registros que possuem expressão econômica. Assim, eles são uma excepcional fonte de informações, necessárias para auxiliar no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Ademais, cabe frisar que os serviços extrajudiciais possuem associações fortes, as quais podem colaborar com a conformação e com a execução de políticas públicas, tais como as descritas neste artigo. Com a realização das políticas públicas aqui expostas, é certo que o Poder Judiciário brasileiro – e o sistema de justiça – dá mais um passo em direção ao fortalecimento das suas ações em prol do combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Assim, nosso país evidencia sua capacidade de cooperar e colaborar com políticas públicas que são desejadas em nossa sociedade, assim como são absolutamente relevantes para o mundo contemporâneo.

23 ARAS, Vladimir. Mecanismos internacionais anticorrupção. In: SALGADO, Daniel de Resende (org.); QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.); ARAS, Vladimir (org.). *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: JusPodium, 2020. p. 129-199.

24 LEAL, Rogério Gesta. A deliberação pública enquanto ferramenta de enfrentamento da corrupção. *RBEFP: Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 183-196, jan./abr. 2013. p. 195.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 101-122, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/151/140>>.

ARAS, Vladimir. Mecanismos internacionais anticorrupção. In: SALGADO, Daniel de Resende (org.); QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.); ARAS, Vladimir (org.). *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: JusPodium, 2020. p. 129-199.

BRASIL. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Brasília: Diário Oficial da União, 1 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>.

BRASIL. *Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Brasília: Diário Oficial da União, 1 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>.

CARVALHO, Maximiliano Pereira de; BARROSO, Marcos Vinícius. Combatendo a corrupção e a lavagem de dinheiro: a experiência da justiça do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 198, p. 19-32, Revista dos Tribunais, 2019. No mesmo sentido: BLOK, Marcelo. A nova Lei Anticorrupção e o *compliance*. *RDB: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 17, n. 65, Revista dos Tribunais, p. 263-318, jul./set. 2014.

CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

CONSELHO DA EUROPA. *Civil Law Convention on Corruption, ETS No.174*. Estrasburgo: 4 nov. 1999. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>>.

CONSELHO DA EUROPA. *Criminal Law Convention on Corruption, ETS No.173*. Estrasburgo: 27 jan. 1999. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cartórios serão integrados ao combate à corrupção e lavagem de dinheiro*. Brasília, 1 out. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-serao-integrados-ao-combate-a-corrupcao-e-lavagem-de-dinheiro>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça (aprovado pela Portaria n. 211, de 10 de agosto de 2009 e alterado pela Portaria n. 121, de 6 de setembro de 2012)*. Brasília. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/regulamento-geral-da-corregedoria-nacional-de-justica>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento n. 88 traz novos desafios para as corregedorias de justiça*. Brasília, 12 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/provimento-n-88-traz-novos-desafios-para-as-corregedorias-de-justica>>.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio; ZANON, Patricie Barricelli. Políticas públicas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro no Brasil: COAF e arranjo institucional. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 67-91, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/viewFile/139/179>>.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAIM, Moises. The globalization of corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org.). *Corruption and the global economy*. Washington: Peterson Institute for International Economics, 1997, p. 7-27. Disponível em: <http://www.adelinotorres.info/economia/a_globalizacao_da_corrupcao.pdf>.

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 58, p. 347-386, jan./jun. 2011.

LEAL, Rogério Gesta. A deliberação pública enquanto ferramenta de enfrentamento da corrupção. *RBEFP: Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 183-196, jan./abr. 2013.

LINARES, Sebastián. La independencia judicial: conceptualización y medición. *Política y gobierno*, v. 11, n. 1, p. 73-126, 2004. Disponível em: <<http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/viewFile/340/250>>.

MARGRAF, Alencar Frederico; PROENÇA, Givanildo Woglers de; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Corrupção: reflexos institucionais e sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 113. p. 75-95. Revista dos Tribunais, maio/jun. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF)*. Brasília. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>>.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA: COAF. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*. Brasília. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. Brasília: Escritório contra Drogas e Crime das Nações Unidas, 2007. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana contra a corrupção*. Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais/Escritório de Cooperação Jurídica, 1996. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris, 21 nov. 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>.

PESANHA, Charles. Controle do judiciário: o Conselho Nacional de Justiça. In: AVRITZER, Leonardo (org.); BIGNOTTO, Newton (org.); FILGUEIRAS, Fernando (org.); GUIMARÃES, Juarez (org.); STARLING, Heloísa (org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 505-511.

SHARMAN, Jeffrey M. Ética judicial: independência, imparcialidade e integridade. Washington, DC: Banco Interamericano de Desenvolvimento/American Judicature Society, 1996. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3912/bid-etica-judicial.pdf>>.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 18 dez. 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção estabelecida com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 27 nov. 1995. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41995A1127\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41995A1127(03))>.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção estabelecida com base no n. 2, alínea “c”, do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 25 jun. 1997. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625(01))>.

VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas comparativas acerca dos conselhos nacionais de justiça do Brasil e da Argentina. *Revista de Ciências Sociais (UGF)*, v. 14, n. 1, p. 7-23, 2008.

VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. A reforma do judiciário na América Latina: O Conselho Nacional de Justiça brasileiro na perspectiva comparada com a Argentina. In: GUEDES, Marco Aurélio Peri (org.); BALERDI, Juan Carlos (org.). *Teoria do Estado e do Direito no Século XXI: novos diálogos Brasil-Argentina*. São Paulo: All Print, 2012, p. 33-51.

O IMPACTO DA CORRUPÇÃO SOBRE A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIALMENTE NA SAÚDE E NA EDUCAÇÃO

THE IMPACT OF CORRUPTION ON THE EFFICIENCY OF PUBLIC POLICIES ESPECIALLY IN HEALTH AND EDUCATION

Marcelo Figueiredo

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP.

Professor Associado de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP, onde também foi Diretor do Curso de Direito (gestões 2005-2009-2009-2013). Presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), seção brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional com sede no México e Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL-AIDC). Professor Visitante de diversas Universidades na América do Sul e Europa. Consultor jurídico em São Paulo (Brasil).

SUMÁRIO: Introdução; 1 O controle das políticas públicas em geral; 2 O impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas públicas (especialmente saúde, educação); 3 Corrupção e Judiciário: a ineficácia parcial do sistema judicial no combate à corrupção; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa o impacto da corrupção no tecido social especialmente devido à ausência de eficiência das políticas públicas nas áreas de saúde e educação.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Eficiência.

ABSTRACT: This article analyzes the impact of corruption on the social fabric especially due to the lack of efficiency of public policies in the areas of health and education.

KEYWORDS: Corruption. Efficiency.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é demonstrar o impacto da corrupção na vida social, seja como fator determinante da *ausência* de políticas públicas consistentes, seja o seu impacto sobre a *eficiência* das políticas públicas especialmente nas áreas da saúde e da educação.

O Brasil, sobretudo a partir da Constituição de 1988, instaurou juridicamente um Estado Democrático de Direito com forte preocupação voltada à solidariedade social.

A redação do artigo 3º da Constituição¹ não dá margem a dúvidas.

As políticas públicas são determinadas a partir do comando oriundo do poder público e da sociedade de forma democrática com o objetivo de promover a pessoa humana em todas as suas dimensões.

As políticas públicas podem ser definidas como os conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público.

São também definidas como todas as ações de governo, divididas em atividades de regulação de outros serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação de outros agentes econômicos².

As políticas públicas exigem uma significativa e metódica articulação do Estado e da sociedade para enfrentar os grandes problemas sociais, sobretudo.

Sabemos que os atos de corrupção e de improbidade nas suas mais variadas formas impactam negativamente o bom uso dos, não raras vezes, escassos recursos públicos, afetando diretamente o crescimento econômico e social dos Estados e reduzindo a promoção da saúde, da educação, do transporte e de outros serviços essenciais.

Exigem-se, por isso, mecanismos de boa gestão de *accountability*, de eficiência na previsão, na aplicação e na gestão dos recursos públicos.

A corrupção é um fenômeno complexo e global que a todos atinge sem distinção. Por isso o esforço internacional, regional e local de todos os Estados para compreender seus mecanismos para melhor enfrentá-la.

Existem centenas ou talvez milhares de aproximações conceituais sobre o fenômeno da corrupção. É evidente que a corrupção está associada

1 BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2 Vide: SOUZA, Simone Letícia Severo. *Estudos em homenagem à des. Vanessa Verdolin Hudson Andrade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 107.

à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade os quais se refletem tanto na esfera pública como privada.

Fiquemos com uma noção simples, porém compreensiva. A corrupção está sempre associada à ideia de abuso de poder, de desvio de finalidades públicas, de uso de poderes públicos para fins privados.

Lucas Rocha Furtado identifica a presença da corrupção, ou do que seja um ato corrupto, diante da presença das seguintes características:

- 1) Um ato de corrupção importa em abuso de posição. Ativa ou passiva, importa em transgressão de regras de conduta acerca do exercício de uma função ou cargo (público ou privado);
- 2) A caracterização de um ato como corrupto requer a violação de um dever previsto em um sistema normativo que sirva de referência.
- 3) Os atos de corrupção estão sempre vinculados à expectativa de obtenção de um benefício “*extrapositional*”. Não é necessário que a vantagem tenha natureza pecuniária ou econômica.
- 4) Pode ainda ser apresentada como característica dos atos de corrupção o sigilo. Os negócios ficam na penumbra, na escuridão.
- 5) A corrupção ocorre em diferentes âmbitos da atividade social e pode afetar diferentes segmentos (financiamento político, comércio, relações internacionais, todos os níveis de atividade administrativa, a atividade judicial), além, é evidente, da corrupção privada.³

Não é o caso de listar todas as Convenções e Normas Internacionais ou de outros níveis existentes. Não é esse o nosso objetivo⁴.

Basta, por ora, assinalar a existência de alguns parâmetros para controlar as políticas públicas em geral. Eles estão contidos nos próprios princípios e normas constitucionais.

3 FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 41.

4 Basta citar dentre outras: a) A Convenção de Caracas (Convenção Interamericana contra a Corrupção), de março de 1996, b) a Convenção da OCDE contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, de dezembro de 1997, c) a Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a corrupção), de dezembro de 2005.

1 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM GERAL

Há inúmeras normas constitucionais (gênero) no Brasil que apontam para o combate da corrupção e para o controle das políticas públicas.

Segundo Felipe de Melo Fonte⁵, existem ao menos três princípios para articular algumas possibilidades de controle instrumental destas políticas públicas ditas *não essenciais*: (i) isonomia (impessoalidade); (ii) eficiência; e (iii) transparência (e racionalidade).

Já para *as essenciais* o autor aponta: (i) o princípio da proibição da proteção deficitária – o controle de suficiência e adequação das políticas públicas; e (ii) o princípio da vedação do retrocesso.

Especificamente em relação ao controle dos investimentos mínimos obrigatórios previstos na Constituição Federal e das verbas dos fundos públicos com destinação pública, o autor recorda a noção de *mínimo existencial* e a existência do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) e do Fundo de Combate e da Erradicação da Pobreza (FCEP), dentre outros.

As políticas públicas devem ser planejadas⁶, conforme rege o artigo 174 da Constituição Federal e seus parágrafos.

As políticas públicas devem ser transparentes e atender aos interesses públicos previstos no ordenamento jurídico. Ademais, devem explicitar nas suas justificativas toda a motivação necessária ao seu amplo controle.

Segundo Regina M. Faria⁷, três indicadores básicos devem estar contidos no texto das políticas públicas transparentes: eficácia, eficiência e efetividade, aos quais reunimos os indicadores de impacto e indicadores sentinelas, também conhecidos como eventos sentinelas:

1. Impacto: é o indicador que permite o primeiro grande resultado quando explicita como seria ou será o cenário *com* e *sem* a política pública indicada. A pergunta orientadora é: o que muda se realizarmos tal ou qual projeto? como será nossa vida com essa nova política pública?
2. Eficácia: É o indicador que representa o grau de atingimento dos resultados esperados por uma política pública. É o tipo de indicador mais comum nos programas pela facilidade de identificação de resultado a baixo custo. Eficácia é uma dimensão

5 FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243.

6 O planejamento segundo CHRISPINO, Álvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV; FAPERJ, 2016, p.177 e seguintes pode ser: a) físico, b) econômico, c) social, d) cultural, e e) de área.

7 FARIA, Regina M. Avaliação de programas sociais: evoluções e tendência. In: RICO, Elizabeth Melo (org.) *Uma questão de debate*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 44.

do processo de desenvolvimento e implementação. É fazer a coisa certa. A pergunta orientadora para esse indicador é: quanto do que se esperava foi alcançado?

3. Eficiência: Define a relação entre o custo e o benefício apresentados na política pública. Está diretamente relacionada à qualidade e ao modo como são usados os recursos públicos. É fazer certo as coisas. A pergunta orientadora para esse indicador é: para fazer isso, eu poderia gastar menos?
4. Efetividade: Esse indicador quer identificar o grau de satisfação do cidadão ou quanto seu direito foi atendido com a implementação da política pública. Efetividade é a dimensão dos resultados. É o quanto a sociedade ganhou de verdade. A pergunta orientadora para esse indicador é: essa política pública, de fato, alcançou a expectativa da sociedade?
5. Indicador sentinela ou evento sentinela: é o indicador, mesmo indireto, que aponta a existência de risco iminente ou que aponta para algo maior que está por vir. Em geral, sinaliza as prioridades que estão sob ameaça. Como dois exemplos conhecidos, lembramos o limite imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) para gasto com pessoal de 54% da receita corrente líquida, mas quando a referida despesa alcança o percentual de 51,3%, iniciam-se as limitações de gasto, sinalizando a aproximação do risco.

Do mesmo modo, as mortes de crianças menores de um ano, a morte de mães (pós-parto), indicando que algo existe como provocador dos óbitos e que merece ser investigado, a fim de evitar problemas maiores.

Na avaliação das políticas públicas espera-se um estudo de relação causal entre o objetivo e o resultado proposto pelo programa, ou mesmo entre a proposta defendida e o impacto social esperado. É, pois, um processo baseado na racionalidade dos meios e na coerência mínima entre objetivo, meios e fins desejados.

2 O IMPACTO DA CORRUPÇÃO SOBRE A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (ESPECIALMENTE SAÚDE, EDUCAÇÃO)

As investigações sobre os atos de corrupção são vistas como um obstáculo potencial à implementação de políticas públicas. Mesmo quando o responsável pela política pública possa ser favorável à realização de

uma investigação sobre a corrupção, o normal é que o administrador ou o político vejam essa investigação como um mal. No melhor dos casos, um mal necessário e incômodo.

Em geral os administradores públicos ou os políticos tendem a achar que as investigações sobre corrupção são uma perda de recursos públicos e de tempo. É exatamente o oposto.

De fato, investigar atos irregulares ou fraudulentos não é tarefa fácil. Essas ações atrasam programas governamentais, podem paralisar obras e projetos públicos, absorvem mão de obra especializada e geram problemas de reputação de difícil controle.

Não raro as investigações não prosperam, seja por mudança de administração, seja por falta de provas, e sequer terminam responsabilizando quem de direito.

Hernán Charosky⁸, em interessante artigo sobre a matéria, sustenta a necessidade de as investigações dos atos de corrupção serem utilizadas como ferramentas para melhorar a qualidade das políticas públicas, reforçar o acesso dos usuários e beneficiários e formular medidas preventivas de fraude e de corrupção.

O autor propõe que as informações recolhidas nas investigações sejam utilizadas como ponto de partida para o uso de indicadores de desempenho e na sua construção. Refere-se a trabalhos pioneiros de Savedoff e Di Tella⁹ que, com sucesso compilaram uma série de experiências de corrupção detectando áreas vulneráveis e mecanismos de prevenção no combate à corrupção.

Em primeiro lugar uma advertência aparentemente óbvia, mas necessária. Todas as pesquisas sérias realizadas por agências especializadas no combate à corrupção e no controle da gestão (sobretudo pública) devem ser consideradas por aquele que pesquisa o tema.

Ou se quisermos colocar de outra forma: as boas análises e os diagnósticos realizados nas ciências sociais e aplicadas envolvendo as fraudes e a corrupção podem trazer importantes elementos para um melhor desenho das políticas públicas.

A efetiva colaboração entre órgãos e agências públicas nacionais, regionais ou internacionais deve pautar o trabalho dos investigadores (controladores) nos atos de fraude e de corrupção. As descobertas envolvendo

8 CHAROSKY, Hernán. Obstáculos o herramientas? Los usos de las investigaciones de casos sobre corrupción en las políticas públicas. In: ABRAMOVICH, Victor; PAUTASSI, Laura. *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010. p. 329.

9 DI TELLA, E.; SAVEDOFF, W. D (eds). *Diagnóstico de corrupción, el fraude en los hospitales públicos de América Latina*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2001.

os casos mais rumorosos de corrupção no Brasil, especialmente o ‘Mensalão’ e a ‘Lava-Jato’ comprovam a assertiva.

É dizer, sofisticou-se e aprimorou-se com o mundo tecnológico e globalizado as maneiras e práticas para se cometer corrupção. É preciso também considerar a tecnologia, o cruzamento de dados e de informações (financeiras, fiscais, bancárias) para em um esforço conjunto de vários órgãos e agentes desvendar as operações fraudulentas ao interesse público e à sociedade.

Os chamados “sintomas” ou “sinais” de corrupção não raro permitem identificar padrões de conduta e, a partir deles, áreas e processos vulneráveis à atividade corrupta ou fraudulenta.

Também é importante recordar – conforme fizemos acima – que esse esforço transcende os territórios nacionais e domésticos. A cooperação de agências ¹⁰e de agentes supranacionais pode ser bem-vinda.¹¹

Importantes agências internacionais como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) têm programas e financiamentos voltados para o aperfeiçoamento do controle e correta implementação de políticas públicas (como o Escritório de Cumprimento de Integridade) que geram o bem-estar social.¹²

É fundamental manter a consciência sobre a necessidade de se preservar o maior equilíbrio das finanças públicas e fornecer serviços de qualidade. Isto leva à necessidade de uma gestão eficiente dos recursos públicos, matéria indispensável de pesquisa em todos os Estados, sobretudo aqueles em processo de desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Segundo a literatura especializada, os serviços de saúde e de educação bem prestados servem como um potencial catalisador do crescimento econômico dos países.¹³

Argumenta-se que a acumulação do capital humano, que está positivamente correlacionada com o nível de saúde e de educação, eleva a produtividade dos fatores e contribui para a expansão da atividade econômica.

10 IDB. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/transparency/transparency-and-accountability>. Acesso em: 23 jun. 2019.

11 CONTROLADORIA Geral da União. *Convenção da OCDE sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais*. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/a-convencao>. Acesso em: 23 jun. 2018.

12 WORLD BANK. *Relatório anual de integridade 2015*. Disponível em: www.worldbank.org/integrity. Acesso em: 23 jun. 2019.

13 ROMER, P. Human capital and growth: theory and evidence. *NBER Working Paper*, n.3.173, Cambridge, 1989.

Luckas Sabioni Lopes e Silvia Harumi Toyoshima¹⁴, em interessante artigo, avaliam as administrações públicas do país, oferecendo evidências empíricas inéditas acerca do relacionamento entre eficiência e corrupção.

Ademais, trazem estimativas iniciais do impacto da corrupção sobre a prestação de serviços públicos nas áreas de educação e de saúde no país, numa tentativa de mensurar os efeitos reais deste fenômeno sobre a população brasileira.

A eficiência do setor público é reduzida pela corrupção, conforme sabemos, em práticas conhecidas como fraudes em licitações públicas e outros contratos, diminuindo a efetividade do gasto social por meio de desvios de frações do orçamento para práticas ilícitas e reduzindo a produtividade do investimento público.

A não aplicação de recursos públicos nas políticas públicas sociais, por vontade política às vezes condicionada pelas patologias corruptivas, possui potencial de causar impactos diferenciados à população vulnerável e aos diversos grupos que a compõem.

Luckas Lopes e Silvia Toyoshima concluem que a verificação empírica do relacionamento entre corrupção e eficiência governamental é de elevada relevância, seja no Brasil, seja em outros países.

Segundo os autores, os resultados indicaram que a corrupção tende a diminuir o nível de eficiência governamental. Desse modo, as ações de combate a essas práticas possibilitariam maior taxa de retorno dos recursos destinados às áreas de saúde e de educação no país, o que poderia gerar maior bem-estar social e crescimento econômico.

Após repassar a literatura especializada, concluem que a corrupção tem influenciado negativamente a eficiência na prestação de serviços de educação e saúde nas diversas regiões do país, mesmo quando se olha para o nível de instrução e de renda locais.

Os dados permitem estimar que a corrupção reduz o *escore* de eficiência técnica. Em termos de impacto da corrupção sobre os indicadores sociais analisados, se a corrupção dobrasse em um estado tecnicamente eficiente, isto resultaria em considerável redução do bem-estar geral da população.

De outro lado, Rafael Melo Carneiro¹⁵, ao dissertar sobre os indicadores e as dificuldades da corrupção, afirma que um dos melhores estudos sistematizados sobre a matéria foi elaborado pelo Conselho Nacional

14 LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Revista Planejamento e Políticas Públicas PPP*, n. 41, jul./dez. 2013. p. 202.

15 CARNEIRO, Rafael Melo. Corrupção, políticas públicas e efeito simbólico: uma análise das políticas públicas anticorrupção no Brasil. *Revista da AGU- Brasília-DF*, ano XIII, n. 40, p. 239.

de Justiça (CNJ) – a meta 18 desse órgão foi julgar, até o final de 2013, todos os processos ajuizados até 31/12/2011, relacionados à corrupção (ações de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública).

Segundo o CNJ, existem mais de 120 mil processos em andamento. Destes, na média, foram julgados 39%, restando, portanto, pendente de julgamento 60,23% das ações. Em 2012, o Poder Judiciário brasileiro julgou 1.627 processos relacionados à corrupção e lavagem de dinheiro, com condenação definitiva de 205 réus. Em outras palavras, admitindo-se apenas 1 réu por processo, o melhor cenário, somente 12,5% dos julgamentos de 2012 resultaram em condenação definitiva.

Segundo Rafael Melo Carneiro, entre 2003 e 2013, a Controladoria Geral da União (CGU) informou que 4.349 servidores públicos federais estatutários receberam pena expulsória do serviço público, o que corresponde a 0,8% dos servidores ativos.

Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Júnior também chegaram a conclusões desanimadoras. Ao analisarem as punições disciplinares, deduziram que a probabilidade de um indivíduo ser condenado pelo crime de corrupção é de 3,17%, enquanto a probabilidade de ser punido civilmente é de 1,59%.

Pery Francisco Assis Shikida supõe que a probabilidade de punição efetiva no Brasil seja menor que nos Estados Unidos da América (o que é condizente com o *ranking* da *Transparency International*), que é de 5%¹⁶.

Dados de 2014 divulgados pelo Ministério da Justiça apontam que o número de condenados por corrupção em todo o Brasil subiu de 668 pessoas (dezembro de 2010) para 1.443 presos (final de 2014), totalizando um aumento de 116%.¹⁷

16 CARNEIRO, Rafael Melo. Corrupção, políticas públicas e efeito simbólico: uma análise das políticas públicas anticorrupção no Brasil. *Revista da AGU- Brasília-DF*, ano XIII, n. 40, p. 254; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 2, jul./dez. 2010. p. 324.

17 MOHALLEM, Michel Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.) FGV-RIO. *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/cjus>. Acesso em: 23 jun. 2018. "Entre as forças-tarefas, a que alcançou maior dimensão e visibilidade no combate à corrupção foi a Operação Lava-Jato, que, até fevereiro de 2017, alcançou os seguintes números: 1.434 processos instaurados, 730 buscas e apreensões, 197 conduções coercitivas; 79 prisões preventivas; 103 prisões temporárias; 6 prisões em flagrante; 131 pedidos de cooperação internacional; 71 acordos de cooperação premiada firmados com pessoas físicas; 9 acordos de leniência e 1 acordo de ajustamento de conduta; 57 acusações criminais contra 260 pessoas diferentes, sendo que em 25 já houve sentença pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação e organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros; e 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 pessoas, pedindo o pagamento de R\$12,5 bilhões, valor total do ressarcimento pedido, incluindo multas, R\$ 38,1 bilhões. Até o momento já ocorreram 125 condenações.

Há ainda um longo caminho a se percorrer no que tange ao desenvolvimento de políticas públicas anticorrupção a fim de que os direitos sociais (em seu sentido amplo) sejam resgatados e otimizados.

Nota-se claramente que no Brasil existem dificuldades iminentes à coleta e ao cruzamento de dados, seja para identificar os agentes causadores dos atos de corrupção e seus coautores públicos ou privados, seja na própria persecução estatal para a aplicação final das sanções cabíveis.

Os percentuais de identificação e punição da corrupção são baixos, os processos no mais das vezes prescrevem e as provas são frágeis ou são dissipadas ao longo do tempo, além das sanções serem incipientes, conforme alerta Rafael Melo Carneiro.

3 CORRUPÇÃO E JUDICIÁRIO: A INEFICÁCIA PARCIAL DO SISTEMA JUDICIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

São escassos e insuficientes os estudos e as pesquisas no Brasil sobre a eficiência do sistema de punição para estimar o desempenho judicial no combate à corrupção.

Carlos Higinio Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Júnior¹⁸ fazem interessante aproximação do tema colocando algumas premissas para desenvolver um artigo a respeito. Recortam, por exemplo, o período de 1993 a 2005 e verificam a aplicação do Estatuto do Servidor Público Federal (Lei n. 8.112/1990), especialmente os casos de sanções disciplinares (e posteriormente judiciais) em situações envolvendo a corrupção de servidores públicos.

Após dissertarem sobre a teoria econômica da corrupção, a teoria econômica do crime, as probabilidades de punição e o desempenho judicial do sistema brasileiro, chegam às seguintes conclusões:

- a) O governo federal mantém uma estrutura administrativa profissional para combater a corrupção com um sistema integrado que inclui auditorias internas em vários órgãos estratégicos, como a Polícia Federal, a Receita Federal, o INSS e as agências reguladoras;
- b) Na pesquisa foram privilegiados entes que possuem papel relevante no estabelecimento de políticas públicas importantes como a exterior, a monetária, a fiscal, a orçamentária, a fiscal

18 ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a ineficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan./jun. 2011.

e a produção do desenvolvimento, pois, como informa a teoria, quanto maior o prêmio, maior o retorno esperado da corrupção;

- c) Considerou-se ainda entes com perfis diferentes de servidores levando em conta anos de escolaridade e salários, o tipo de atividade desenvolvida pelo ente, sua relação com terceiros e a capacidade de gerar benefícios ou de impor restrições a terceiros;
- d) Selecionou-se todos os servidores sancionados demitidos no período assinalado com punições associadas a práticas de corrupção, como demissão, perda de aposentadoria e remoção de cargos de confiança;
- e) Foram analisados também os servidores que ajuizaram ações visando reintegração ao serviço público; dos 224 servidores analisados, apenas 29 conseguiram a reintegração (4,5% da amostra), de um total de 441 pesquisados;
- f) De 1993 a 2005, os autores identificaram 687 servidores públicos demitidos, dos quais 246 (35,81%) por razões não relacionadas à corrupção e 441 (64,19%) porque realmente envolvidos em práticas corruptas;
- g) Esses resultados são compatíveis com outros estudos realizados entre julho de 2001 e junho de 2009, por Rocha e Alencar, segundo os quais aproximadamente dois terços das demissões de servidores públicos federais estão relacionadas à prática de corrupção;
- h) Apenas um terço de servidores públicos demitidos administrativamente (34,01%) são processados criminalmente. A possibilidade de enfrentarem ações judiciais na esfera penal pela prática de corrupção é baixa, menos de 30%;
- i) Do universo analisado, apenas 14 servidores foram definitivamente condenados;
- j) Em resumo, o resultado encontrado pelos autores é de que a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero. Nas ações civis foram encontradas apenas 107 servidores acionados, demitidos administrativamente e condenados judicialmente;

- k) Desses acionados, mais de uma vez (122 ações cíveis), menos de um quarto dos servidores demitidos administrativamente (24,26%) realmente enfrenta processos judiciais cíveis; até 2009, só foram encontradas 13 condenações, 7 definitivas;
- l) Assim, a percepção generalizada de que pessoas corruptas nunca respondem à Justiça no Brasil – no período analisado – não é exagerada; portanto, é razoável inferir que o desempenho judicial no combate à corrupção é tão baixo que atividades ligadas à corrupção devem ser altamente lucrativas e, portanto, ubíquas em nossa sociedade;
- m) Os resultados apresentados por Carlos Higinio Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Júnior demonstram que a chance de um servidor público corrupto ser criminalmente processado é muito menor que 34,01% e as chances de ser civilmente processado são ainda menores (24,26%). Ademais, a possibilidade de ser efetivamente condenado criminalmente é de 3,17%, enquanto a de ser responsabilizado civilmente é, novamente, ainda menor (1,59%);
- n) Um alto nível de corrupção certamente diminui a cooperação social e enfraquece a capacidade de o Estado implementar boas políticas públicas (se tentar). Além disso, a presença de altos níveis de corrupção representa um alto nível de comportamentos “rentistas” (*rent seeking*), cujo efeito é simplesmente destruir riqueza na busca por redistribuição de recursos, o que empobrece a sociedade¹⁹.

Como já anotado,

Entre as forças-tarefas, a que alcançou maior dimensão e visibilidade no combate à corrupção foi a Operação Lava-Jato, que, até fevereiro de 2017, alcançou os seguintes números: 1.434 processos instaurados, 730 buscas e apreensões, 197 conduções coercitivas; 79 prisões preventivas; 103 prisões temporárias; 6 prisões em flagrante; 131 pedidos de cooperação internacional; 71 acordos de cooperação premiada firmados com pessoas físicas; 9 acordos de leniência e 1 acordo de ajustamento de conduta; 57 acusações criminais contra 260 pessoas diferentes,

19 ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a ineficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan.-jun. 2011, p. 90.

sendo que em 25 já houve sentença pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação e organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros; e 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 pessoas, pedindo o pagamento de R\$12,5 bilhões, valor total do ressarcimento pedido, incluindo multas de R\$ 38,1 bilhões. Até o momento já ocorreram 125 condenações.²⁰

4 CONCLUSÃO

Sobretudo a partir da Constituição de 1988, o Brasil instaurou juridicamente um Estado Democrático de Direito com forte preocupação relativa à solidariedade social.

As políticas públicas são determinadas a partir do comando oriundo do poder público e da sociedade de forma democrática com o objetivo de promover a pessoa humana em todas as suas dimensões.

As políticas públicas exigem uma grande e metódica articulação do Estado e da sociedade para o enfrentamento dos grandes problemas sociais, sobretudo.

Sabemos que os atos de corrupção e de improbidade nas suas mais variadas formas impactam negativamente o bom uso dos escassos recursos públicos afetando diretamente o crescimento econômico e social dos Estados e reduzindo a promoção da saúde, da educação, do transporte e de outros serviços essenciais.

Exige-se, por isso, mecanismos de boa-gestão de *accountability*, de eficiência na previsão, na aplicação e na gestão dos recursos públicos.

A corrupção é um fenômeno complexo e global que a todos atinge sem distinção. Por isso o esforço internacional, regional e local de todos os Estados para compreender seus mecanismos e melhor enfrentá-la.

Um ato de corrupção importa em abuso de posição. Ativa ou passiva, transgredir regras de conduta acerca do exercício de uma função ou cargo (público ou privado).

Devem ser aplicados os princípios da proibição da proteção deficitária e o princípio da vedação do retrocesso quando estamos diante da concretização das políticas públicas em geral.

É importante a existência de indicadores básicos orientando as políticas públicas no que tange ao seu impacto, eficácia, eficiência e efetividade, dentre outras.

²⁰ Segundo levantamento realizado pela FGV-RIO: MOHALLEM, Michel Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.) FGV-RIO. *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/cjus>. Acesso em: 23 jun. 2018.

As boas análises e os diagnósticos realizados nas ciências sociais e aplicadas envolvendo as fraudes e a corrupção podem trazer importantes elementos para um melhor desenho das políticas públicas.

É preciso também considerar a tecnologia, o cruzamento de dados e informações financeiras, fiscais e bancárias, dentre outras, para o esforço conjunto de vários órgãos e agentes no intuito de desvendar as operações fraudulentas ao interesse público e à sociedade.

Os chamados “sintomas” ou “sinais” de corrupção não raramente permitem identificar padrões de conduta e, a partir deles, áreas e processos vulneráveis à atividade corrupta ou fraudulenta.

É fundamental a consciência sobre a necessidade de se manter o maior equilíbrio das finanças públicas e fornecer serviços de qualidade. Isto leva à necessidade de uma gestão eficiente dos recursos públicos, matéria indispensável de pesquisa em todos os Estados, sobretudo aqueles em processo de desenvolvimento como é o caso do Brasil.

Segundo a literatura especializada, os serviços de saúde e educação bem prestados servem como um potencial catalisador do crescimento econômico dos países.

A eficiência do setor público é reduzida pela corrupção, como todos sabemos, em práticas conhecidas como fraudes em licitações públicas e contratos em geral diminuindo a efetividade do gasto social por meio de desvios de frações do orçamento para práticas ilícitas, reduzindo ainda a produtividade do investimento público.

A não aplicação de recursos públicos nas políticas públicas sociais, por vontade política às vezes condicionada pelas patologias corruptivas, tem potencial de causar impactos diferenciados à população vulnerável e aos diversos grupos que a compõem.

A corrupção tem influenciado negativamente a eficiência na prestação de serviços de educação e saúde nas diversas regiões do país, mesmo quando se olha para o nível de instrução e da renda locais.

Ao se analisar as punições disciplinares, a probabilidade de o servidor ser condenado pelo crime de corrupção é de 3,17%, enquanto a de ser punido civilmente é de 1,59%.

Os percentuais de identificação e punição da corrupção são baixos, os processos no mais das vezes prescrevem e as provas são frágeis ou dissipadas ao longo do tempo, além das sanções serem incipientes, conforme alerta Rafael Melo Carneiro.

Assim, a percepção generalizada de que pessoas corruptas nunca respondem à justiça no Brasil – no período analisado – não é exagerada. É razoável inferir que o desempenho judicial no combate à corrupção é tão baixo que atividades ligadas à corrupção devem ser altamente lucrativas,

portanto, ubíquas em nossa sociedade. É o pensamento de Carlos Higinio Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Júnior.

A Operação Lava-Jato parece, então, ser uma exceção neste cenário.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: a ineficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, jan./jun. 2011.

CARNEIRO, Rafael Melo. Corrupção, políticas públicas e efeito simbólico: uma análise das políticas públicas anticorrupção no Brasil. *Revista da AGU*, n. 40, ano XIII, Brasília- DF,

CHAROSKY, Hernán. Obstáculos o herramientas? Los usos de las investigaciones de casos sobre corrupción en las políticas públicas. In: ABRAMOVICH, Victor; PAUTASSI, Laura. *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010.

CHRISPINO, Álvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV; FAPERJ, 2016.

CONTROLADORIA Geral da União. *Convenção da OCDE sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais*. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/a-convencao>. Acesso em: 23 jun. 2018.

DI TELLA, E.; SAVEDOFF, W. D (eds). *Diagnóstico de corrupción, el fraude en los hospitales públicos de América Latina*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2001.

FARIA, Regina M. Avaliação de programas sociais: evoluções e tendência. In: RICO, Elizabeth Melo (org.) *Uma questão de debate*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

IDB. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/transparency/transparency-and-accountability>. Acesso em: 23 jun. 2019.

LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Revista Planejamento e Políticas Públicas PPP*, n. 41, jul./dez. 2013.

MOHALLEM, Michel Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.) FGV-RIO. *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/cjus>. Acesso em: 23 jun. 2018.

WORLD BANK. *Relatório anual de integridade 2015*. Disponível em: www.worldbank.org/integrity. Acesso em: 23 jun. 2019.

ROMER, P. Human capital and growth: theory and evidence. *NBER Working Paper*, n.3.173, Cambridge, 1989.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 2, jul. /dez. 2010, p. 324.

SOUZA, Simone Letícia Severo. *Estudos em homenagem à des. Vanessa Verdolin Hudson Andrade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

WHISTLEBLOWER E POLÍTICAS DE NÃO-RETALIAÇÃO COMO MEIOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

WHISTLEBLOWER AND NON-RETALIATION POLICIES AS WAYS TO FIGHT CORRUPTION

Irene Patrícia Nohara

Livre docente e Doutora em Direito do Estado pela USP. Professora-Pesquisadora em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Instrumentos jurídicos de combate à corrupção; 2 Programa de *compliance* efetivo; 3 *Whistleblower* e políticas de não retaliação; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente escrito aborda o mecanismo do *whistleblower*, conforme previsão na Lei Anticrime. Objetiva-se contextualizar o *whistleblower* e as políticas de não-retaliação dentro das medidas estimuladas pelo Sistema Nacional de Combate à Corrupção. Associa-se o *whistleblower* com a dimensão do programa de *compliance* efetivo no sentido de se desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades, como alertas, canais de denúncia e instrumentos de proteção ao denunciante. Intenta-se, ao final, enfatizar os pontos positivos e alguns questionamentos da configuração do instrumento, como contribuição à obra coletiva de combate à corrupção na Administração Pública, nos diálogos promovidos pela Escola da Advocacia-Geral da União, em parceria com a Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

PALAVRAS-CHAVE: *Whistleblower*. *Compliance* Efetivo. Políticas de Não-Retaliação. Informante. Corrupção.

ABSTRACT: The present paper deals with *whistleblower* as provided in Brazilian Anticriminal Law. Its objective is to contextualize *whistleblower* and non-retaliation policies in the frame of the measures stimulated by National System of Combating Corruption. *Whistleblower* is associated with the effective *compliance* program dimension, in order to develop detecting mechanisms of reporting irregularities, such as alerts, channels and instruments to stimulate *whistleblowers*. At the end, the intention is to emphasize the positive points and also to identify some questions about the legal configuration of the instrument, as a contribution to the collective book about fight against corruption in Public Administration, in a dialogue promoted by General-Advocacy of Union School in partnership with Magistrates School of Federal Court from Third Region.

KEYWORDS: *Whistleblower*. Effective *Compliance*. Non-Retaliation Policies. Informant. Corruption.

INTRODUÇÃO

O presente escrito tem por fulcro contribuir para a obra coletiva de *Combate à Corrupção na Administração Pública*, ao ensejo dos Diálogos Interinstitucionais. Antes de iniciar o escrito, gostaria de parabenizar à Escola da Advocacia-Geral de União que, em parceria com a Escola de Magistrados do Tribunal Regional da 3ª Região, realizou eventos tão profícuos e qualificados nos debates necessários ao avanço da agenda de combate à corrupção. Quero aqui externar, na pessoa da Rita Nolasco, que foi entusiasta dedicada e protagonista envolvida nos debates de inúmeros dos eventos, a gratidão pelo convite em participar tanto dos eventos realizados, como também desta obra que consagra esse relevante projeto.

O objetivo do presente escrito é inserir a previsão do *whistleblower* no Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção, enfatizando sua utilidade e os pontos polêmicos que ele suscita. Para tanto, haverá a explicação breve sobre o movimento de introjeção das políticas de combate à corrupção no cenário nacional, via documentos internacionais, bem como os principais instrumentos jurídicos de combate à corrupção.

Será problematizada a diferença entre os impactos de estruturação de programas de integridade privados em contraposição aos públicos. Na sequência, serão abordados os pilares de estruturação de um programa de *compliance* efetivo, conforme orientações da Controladoria-Geral da União, nos quais se insere também a questão do *whistleblower*, sobretudo quando se fala em canais de denúncia e de políticas de não-retaliação.

Problematiza-se o sentido que comumente se associa à delação no Brasil, sendo então esclarecido que o informante que se caracteriza como *whistleblower* vivencia um conflito inerente, mas possui, no fundo, um objetivo de aprimoramento da integridade das organizações, sendo cada vez mais propagado e estimulado que o ético (que, para o âmbito da Administração Pública, é também um dever) seja levar ao conhecimento da ouvidoria as irregularidades constatadas.

De outro lado, se indaga sobre a questão mais delicada de se estabelecer recompensas pela ação ética. Espera-se, em síntese, esclarecer, contextualizar o mecanismo, especificando a importância das políticas de não-retaliação, bem como os pontos fortes e fracos do *whistleblower*, como contribuição para os debates que são permanentemente estimulados pela Escola da Advocacia-Geral da União.

1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O Brasil, antes mesmo da Operação Lava Jato, já vinha se inserindo na agenda internacional de combate à corrupção. Assim, são marcos desse movimento a promulgação de decretos incorporando documentos

internacionais, quais sejam: (1) o Decreto 3.678/2000, que incorporou a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE; (2) o Decreto 4.410/2002, que incorporou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, no âmbito da OEA; e (3) o Decreto 5.687/2006, que incorporou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Com o paulatino compromisso internacional, o Brasil caminhou, em 2013, rumo à criação de uma Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto 8.420/2015). A Lei nº 12.846/2013 vem a completar o Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção, pois enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) se volta sobretudo a punir o sujeito ativo agente público e o terceiro que induza ou concorram para o ato de improbidade, a Lei Anticorrupção, por sua vez, tem por foco coibir atos práticos por pessoas jurídicas contra a administração, daí porque também é conhecida como *Lei Anticorrupção Empresarial*.

A lei foi inspirada na necessidade de se conjugar esforços não apenas do governo, isoladamente, mas também das empresas, para que se estimulasse a formação de um ambiente de integridade no relacionamento entre público e privado. O diploma legal foi em parte inspirado na *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, dos Estados Unidos, de 1977, após emendas do ano de 1998, em que as disposições antissuborno passaram a ser direcionadas a empresas e pessoas estrangeiras que promovessem pagamento de corrupção.

A Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013) previu a responsabilidade objetiva administrativa da empresa que praticar atos contra a administração pública. Trata-se do primeiro diploma legal nacional a efetivamente prever o *compliance* enquanto mecanismo apto a mitigar sanções aplicáveis a situação de corrupção ou de ato cometido contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

São, portanto, leis que contribuem com o combate à corrupção: o Código Penal, ao tipificar o crime, a Lei de Improbidade Administrativa, que combate os atos de improbidade, não tendo natureza criminal, mas mesmo assim contribui para mitigar e punir a corrupção em sentido lato, e a Lei Anticorrupção Empresarial, que previu novos mecanismos.

Como mecanismos jurídicos relevantes ao combate à corrupção, há: o acordo de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial, a adoção de programas de *compliance* nas organizações, o que contribui para criar uma ambiência de maior integridade, o processo administrativo de responsabilização, e também o *whistleblower*, previsto na Lei Anticrime, mas que tem aptidão para contribuir ao combate à corrupção, conforme será exposto após se analisar os pilares de um programa de integridade efetivo.

2 PROGRAMA DE *COMPLIANCE* EFETIVO

O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção, diferentemente do sistema inglês, não exige que haja *compliance* em caráter de obrigatoriedade. Segundo expõe José Roberto Pimenta Oliveira, não houve a criação de um dever jurídico “já que não é dado ao Poder Público, através de lei, pretender alterar ou interferir na liberdade de organização da pessoa jurídica”.¹ Entretanto, é corrente ser uma exigência cada vez mais presente no mercado. Também no Poder Público já há atos infranormativos e previsões legais que determinam exigências de *compliance* em dadas contratações públicas.

Assim, cumpre distinguir a situação em que o Poder Público pode e deve fiscalizar, sobretudo no âmbito da aplicação das sanções, após regular realização de um processo administrativo de responsabilização (PAR), daquela situação em que a própria Administração Pública estrutura seus sistemas de *compliance*, os quais também representam ferramentas apropriadas para avanços no combate à corrupção.

Não basta que um programa de integridade criado seja meramente de fachada, pois há a necessidade de ser efetivo para que seja capaz de mitigar sanções a serem aplicadas com base na Lei Anticorrupção Empresarial.

Por conseguinte, o art. 42 do Decreto 8.420/2015, prevê os seguintes parâmetros de adequação do programa de integridade: comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; 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; treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; procedimentos 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; independência, estrutura e

1 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 35.

autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; 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; 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 transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos (este último parâmetro foi prejudicado pela decisão do STF na ADI 4650, que proíbe financiamento empresarial de campanhas políticas).

Para facilitar a compreensão e organizar didaticamente, a Controladoria-Geral da União erigiu cinco pilares de estruturação do *compliance* para empresas privadas:

1. Comprometimento e apoio da alta direção;
2. Instância responsável pelo programa de integridade que seja dotada de autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros, com acesso direto ao mais alto corpo decisório da empresa;
3. Análise de perfil e riscos, com o conhecimento da estrutura organizacional e dos processos internos, identificando a atuação e os principais parceiros de negócio, sobretudo na interação com o setor público (nacional ou estrangeiro), para avaliar riscos e cometidos de atos contra a Administração;
4. Estruturação de regras e instrumentos com base no conhecimento do perfil e riscos da empresa, com elaboração de código de ética ou de condutas, bem como as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades, como alertas, canais

de denúncia² e mecanismos de proteção ao denunciante, definir medidas disciplinares para os casos de violação e medidas de remedição, sendo necessário um plano de comunicação e treinamento com estratégias específicas em função dos distintos públicos da empresa; e

5. Estratégias de monitoramento contínuo, sendo necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do programa de integridade e criar mecanismos para que as deficiências encontradas possam realimentar continuamente o aperfeiçoamento e a atualização da empresa.

O debate do *whistleblower* irá ser engendrado justamente no concernente aos mecanismos de detecção e reporte de irregularidades, relacionados com canais de denúncia, bem como da não-retaliação daqueles que se utilizam dos canais, sobretudo na seara pública.

Portanto, cumpre diferenciar *compliance* feito pelas empresas do *compliance* estabelecido pelo Poder Público. Em primeiro lugar, deve-se considerar que enquanto as empresas estabelecem seus programas de integridade como meio para que não sofram as gravidades das sanções anticorrupção, o Poder Público não o faz mobilizado por tal razão, até porque a Administração Pública, se sofrer tal ato, será vítima da corrupção.

Ainda, existem inúmeras questões que são analisadas quando da adequação dos programas de integridade empresarial para a realidade pública. Assim, por exemplo, questiona-se se poderiam os códigos de ética públicos estabelecer sanções derivadas do seu descumprimento,³ pois poderia representar um *bis in idem* em relação a sanções de mesma natureza⁴ (disciplinares) estabelecidas nos respectivos Estatutos dos Servidores, o que pode provocar excessos.

Ademais, também importante acrescentar que pode ser considerado obsoleto o dispositivo contido no art. 144 da Lei nº 8.112/90, em âmbito

2 *Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público*. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2017. p. 47.

3 Para José Roberto Pimenta Oliveira, o Código de Ética “não pode consignar diretamente sanções administrativas”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Códigos de Conduta e de Ética no âmbito da Administração Pública Direta. NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, Compliance e Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 115.

4 Cf. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 73. Note-se que a própria LINDB, depois das alterações feitas pela Lei nº 13.655/2018: que sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Então, ideia é que não haja excessos de aplicações de diversas sanções, ainda que não haja *bis in idem* para as de natureza distinta.

federal. Por enunciado proposto à votação na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, tenho defendido que:

O dispositivo presente no art. 144 da Lei nº 8.112/90, no sentido de que: “as denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”, não é apto a impedir ou invalidar a instauração de processo administrativo com base em denúncia anônima, dado que o anonimato não é fator que deve bloquear apuração de fatos narrados sobre práticas ilícitas, pois a autoridade que tiver ciência deve promover apuração dos fatos e a denúncia anônima é um instrumento reputado nacional e internacionalmente adequado ao combate à corrupção.⁵

Trata-se da consolidação em enunciado de tese de orientação consagrada no Superior Tribunal de Justiça de que: “é possível a instauração de processo administrativo com base em denúncia anônima”. Não cabe alegar neste caso que a manifestação de pensamento veda o anonimato, conforme dicção do art. 5º, IV, da Constituição, pois é situação distinta manifestar publicamente o pensamento e pretender se esconder no anonimato, ferindo a honra de outrem, da circunstância de apresentar uma denúncia anônima nos canais de denúncia, por exemplo, que têm protocolos de sigilo em suas investigações preliminares, seja nas ouvidorias ou órgãos correlatos.

Neste último caso, o informante deseja que haja a investigação, sendo inclusive, em muitos casos, seu dever denunciar, mas, por vezes, ao usar da denúncia anônima, ele evita de apresentar seu endereço e identificação pelo perigo de sofrer retaliações. Os canais de denúncia mais avançados das organizações, conforme parâmetros de *compliance*, possuem políticas de anonimato, bem como de não-retaliação, evitando-se a rastreabilidade do computador de origem da denúncia, por exemplo, para evitar perseguições.

Entende-se que não cabe, portanto, alegação do conteúdo do art. 144 da Lei nº 8.112/90 como fator impeditivo para a apuração das irregularidades e instauração do processo administrativo pela Administração Pública, hipótese em que se inviabilizaria o uso da denúncia anônima, sendo esta instrumento recomendado e introjetado pela Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, incorporada ao Brasil por meio do Decreto 5.687/2006. Ademais, seria uma exigência colidente com as orientações da Lei Anticrime no tocante ao *whistleblower* e às políticas de não-retaliação.

5 O enunciado foi selecionado para ser discutido no encontro, ainda não foi votado, apenas selecionado para votação dos participantes.

2 WHISTLEBLOWER E POLÍTICAS DE NÃO-RETALIAÇÃO

Whistleblower é expressão inglesa que literalmente significa “assoprador de apito”, em alusão à postura antiga da polícia da Inglaterra que usava do apito para acusar em público uma prática delituosa e chamar a atenção da sociedade. A palavra delator adquiriu, todavia, no Brasil, um sentido pejorativo. Acusa-se, por exemplo, Judas de traidor de Jesus por tê-lo entregue aos seus algozes, do ponto de vista cultural. Também em regimes autoritários, em que havia perseguição de pessoas que questionavam o sistema, havia delatores que denunciavam pessoas ao regime, entregando-as aos agentes do Estado que as torturavam, perseguiram e monitoravam.

Assim, percebe-se que há um sentido pejorativo que é historicamente associado à ação de delatar, sobretudo em face da possibilidade de perseguições arbitrárias e injustas. Contudo, utiliza-se a expressão *whistleblower* para designar alguém que informa de irregularidades e transgressões ocorridas em organizações. Trata-se de um “informante”, não um traidor propriamente dito.

Ressalte-se, contudo, que algumas profissões têm por dever o sigilo e a confidencialidade, a exemplo dos advogados e de auditores em alguns contextos. Tanto a Enccla (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) como a Transparência Internacional estimulam a existência e regulação para estímulo do *whistleblower* (o que ocorreu, mais recentemente, a partir da Lei Anticrime).

Conforme abordam André Castro e Tiago Alvim,⁶ na obra organizada por Rodrigo Pironti e Marco Aurélio de Paula, há, na prática, um sopesamento de males, que indica, sem dúvida, um dilema moral: quebrar lealdades interpessoais nas corporações ou romper com a inércia e informar para que haja a apuração e cessão de irregularidades?

O sentimento individual faz com que a pessoa se depare com algo errado e informe, mas tal postura depende, evidentemente, de um *background* ético, profissional etc. Existem, contudo, sociedades mais amigáveis ao *whistleblowing*, a exemplo dos americanos e dos anglo-saxões, por conta do individualismo e do maior estímulo à discordância, que caracteriza mais o protestantismo, e, por outro lado, sociedades que reprimem mais a prática, como as sociedades latinas e também asiáticas, onde há um espírito coletivo, estímulo à lealdade nas relações interpessoais e também a ideia de preservar o equilíbrio da “boa vizinhança”.

6 CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Whistleblowing no ambiente corporativo: standards internacionais para sua aplicação no Brasil. PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 121.

Contudo, os mencionados autores também enfatizam que talvez ainda a incipiência da prática seja mais derivada de falta de ferramentas apropriadas, sendo que no momento de elaboração da reflexão, ainda não havia sido positivado o mecanismo (do que propriamente questões culturais). Importante, então, que não se jogue a culpa no colaborador que apresenta a situação.

É relevante, por conseguinte, que haja políticas de “não-retaliação” do informante, dado que a sua ação provoca correções e aprendizagem na organização. Atualmente, o mecanismo vem previsto na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), da seguinte forma, no art. 15: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público”.

Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.

O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.

Será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público. O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.

Um ponto bastante polêmico, que suscita muitos debates, é a possibilidade de participação no valor recuperado, que gera uma sensação de estímulo à criação de uma indústria da delação, quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% do valor recuperado.

3 CONCLUSÃO

Os mais recentes avanços em combate à corrupção foram produto gradual da introjeção de inúmeros documentos internacionais, estabelecendo orientações no sentido da intensificação de medidas. Como marco expressivo, pode ser mencionada a Lei Anticorrupção Empresarial, que previu mecanismos como o acordo de leniência e também a adoção de programa de integridade pelas organizações.

O Decreto 8.420/2015 prevê inúmeros critérios para que haja a criação de programas de integridade efetivos. A Controladoria-Geral da União erigiu cinco pilares para a estruturação dos programas. O quarto pilar mencionado prevê a necessidade e de desenvolver mecanismos de detecção ou reporte de irregularidades, como alertas, canais de denúncia e mecanismos de proteção ao denunciante.

É nesta perspectiva que se pode inserir o debate do *whistleblower*, pois ele é alguém que informa de irregularidades e transgressões ocorridas em organizações. Conforme visto, o *whistleblower* enfrenta um dilema moral, mas é cada vez mais corrente que o mais correto a fazer é atuar no sentido de zelar pela ética e pela integridade das organizações.

Para que a prática seja estimulada, é necessário que haja o estabelecimento de políticas de “não-retaliação” do informante, dado que a sua ação provoca correções e aprendizagem na organização. Atualmente, o *whistleblower* foi previsto para a seara pública no art. 15 da Lei Anticrime, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Ao informante se asseguram a proteção integral contra retaliações e a isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. O informante terá, portanto, direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

Por fim, um ponto bastante polêmico, conforme exposto, que suscita muitos debates, é a possibilidade de participação no valor recuperado, o que gera uma sensação de estímulo à criação de uma indústria da delação, quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública.

REFERÊNCIAS

Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2017.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, Compliance e Cidadania.* 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção Comentada.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GRUPO PERMANENTE DE ATUAÇÃO PROATIVA
DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO
SOB A PERSPECTIVA DE UMA POLÍTICA
PÚBLICA EFETIVA VOLTADA AO COMBATE
À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E À
CORRUPÇÃO, BEM COMO AO INCREMENTO DA
RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

*PERMANENT GROUP OF PROACTIVE ACTION OF THE
UNION'S ATTORNEY-GENERAL FROM THE PERSPECTIVE
OF AN EFFECTIVE PUBLIC POLICY AIMED AT FIGHTING
AGAINST ADMINISTRATIVE DISHONESTY AND
CORRUPTION, AS WELL AS INCREASING THE ASSETS
RECOVERY*

Isabela Neves Silveira

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MINAS, Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Lavras – UFLA e atualmente em exercício profissional na Advocacia-Geral da União na 3ª Região (São Paulo).

Luiz Carlos de Freitas

*Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Processual Civil pelas Escolas Superiores da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e da Advocacia-Geral da União.
Procurador Regional da União da 3ª Região.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas públicas: 1.1 Considerações propedêuticas; 1.2 Política pública e efetividade; 1.3 Política pública voltada ao combate à improbidade administrativa e à corrupção, bem como ao incremento da recuperação de ativos; 2 Grupo Permanente de Atuação Proativa da Procuradoria-Geral da União: 2.1 Contexto histórico e normas regulamentadoras; 2.2 Nova estrutura do Grupo Permanente de Atuação Proativa; 2.3 Das atribuições dos Grupos Regionais de Atuação Proativa; 2.4 Resultados. 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal examinar o Grupo Permanente de Atuação Proativa da Procuradoria-Geral da União (GRAP) enquanto instrumento de uma política pública efetiva voltada ao combate à improbidade administrativa e à corrupção, bem como ao incremento da recuperação de ativos da União. O Grupo Permanente tratado neste trabalho foi constituído no âmbito da Procuradoria-Geral da União (PGU), órgão superior da Advocacia-Geral da União (AGU). Sendo assim, serão apresentados o conceito e os elementos constitutivos de políticas públicas, as quais representam ações do Poder Público, com amparo em normas, que possuem como propósito a concretização de direitos determinados por deveres inerentes à constituição do próprio Estado e de suas instituições. Na sequência, serão mencionadas as principais características do Grupo em questão, desde o seu contexto histórico, regulamentação normativa, competência, organização nas Procuradorias Regionais da União em Grupos Regionais de Atuação Proativa, com uma subdivisão voltada à defesa da probidade e ao combate à corrupção e outra com foco na recuperação de ativos. Prosseguindo, serão apresentados resultados relevantes que indicam a atuação efetiva do Grupo Permanente. Ao final, concluir-se-á que o Grupo Permanente representa um instrumento que visa conferir maior efetividade para o exercício de deveres inerentes às instituições de Estado voltadas ao combate aos atos de improbidade administrativa e à corrupção e com foco na recuperação de ativos da União.

PALAVRAS-CHAVE: Política Pública. Efetividade. Atuação Proativa. Improbidade Administrativa. Corrupção. Recuperação de Ativos. Procuradoria-Geral da União. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: The purpose of this work is to examine the Permanent Group for Proactive Action of the Union's Attorney-General (GRAP) as an instrument of effective public policy that is aimed to fight against administrative dishonesty and corruption, as well as increasing the recovery of Union assets. The Permanent Group versed at this work was formed within the Union's Attorney-General (PGU), the highest organ of the Union's Advocacy-General (AGU). Therefore, the concept and the constituent elements of public policies will be presented, which represent the Government's actions, based on rules that have the purpose to realize rights determined by duties inherent to the constitution of the own State and its institutions. Then, the Group's main characteristics will be mentioned, from its historical context, normative regulation, competence and organization into Regional Groups for Proactive Action in the Union's Regional-Attorneys, with a subdivision focused on the defense of probity and the fight against corruption and another subdivision focused on the assets recovery. Next, relevant results will be presented, which indicate the effective performance of the Permanent Group. At the end, it will be concluded that the Permanent Group represents an instrument that aims to confer greater effectiveness to the exercise of duties inherent to State institutions, which are aimed to fight against acts of administrative dishonesty and corruption and focused on the recovery of Union assets.

KEYWORDS: Public Policy. Effectiveness. Proactive Action. Administrative Dishonesty. Corruption. Assets Recovery. Union's Attorney-General. Union's Advocacy-General.

INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo científico que tem como objetivo examinar se o Grupo Permanente de Atuação Proativa (GRAP), instituído pela Procuradoria-Geral da União, se constitui em um instrumento de uma política pública efetiva voltada ao combate à corrupção e à improbidade administrativa, bem como para o incremento da recuperação de ativos.

O problema proposto é de grande relevância na atualidade, na medida em que a temática ora tratada deve ser estudada e debatida cada vez mais para se encontrar formas de diminuir as práticas de corrupção e improbidade e seus efeitos deletérios para a sociedade como um todo e para a própria atuação do Estado, por meio de suas instituições, na implementação de políticas públicas. Além disso, a recuperação de ativos

pode viabilizar a criação de novas políticas públicas ou até mesmo a melhoria das já existentes.

O combate à improbidade administrativa, à corrupção e as ações para se impulsionar a recuperação de ativo da União representam deveres inerentes à constituição do próprio Estado e de suas instituições. A atuação proativa nessas atividades relevantes se constitui em si em uma política pública. Por outro lado, o Grupo Permanente de Atuação Proativa representa uma política pública de meios, ou seja, um instrumento para se atingir determinado fim.¹

Em princípio tratar-se-á sobre políticas públicas, adentrando em suas considerações propedêuticas, na relação entre política pública e efetividade e depois na política pública voltada ao combate à improbidade administrativa e à corrupção, bem como ao incremento da recuperação de ativos. Na sequência estudar-se-á o Grupo Permanente de Atuação Proativa, adentrando em seu contexto histórico, normas regulamentadoras, nova estrutura do GRAP, suas atribuições e resultados relevantes. Ao final, a partir das premissas desenvolvidas ao longo do trabalho, o Grupo Permanente será examinado sob a perspectiva de sua efetividade, chegando-se às conclusões de que se trata de um instrumento para implementação de uma concreta política pública voltada às ações mencionadas anteriormente.

Convém ressaltar que o presente artigo percorrerá a análise de conteúdos doutrinários e legais, buscando retirar os pontos fundamentais de cada posicionamento, a fim de apresentar as conclusões acerca do tema tratado a partir de seu objetivo precípuo.²

-
- 1 Conforme ensinamentos da professora Maria Paula Dallari Bucci: "*Há, ainda, uma distinção das políticas públicas quanto ao que poderíamos classificar como "nível hierárquico", em relação aos fins. Assim, por exemplo, a política nacional de educação é uma política geral para o setor da educação, política "de fins", cuja execução supõe a formulação de políticas "de meios", que digam respeito à contratação de pessoal" (política de recursos humanos), à construção de prédios escolares, etc.*" (BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, mar.1997. p. 95).
 - 2 No que tange a metodologia, o presente trabalho adotará a vertente jurídico-sociológica, que se propõe a "*compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Analisa o Direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e efetividade das relações direito/sociedade.*". (GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 22). O presente trabalho utilizará o método indutivo, na medida em que "*o raciocínio parte de uma proposição concreta para construir a proposição discursiva abstrata*" (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica teoria e prática da monografia para concursos de direito*. São Paulo Saraiva 2015. p. 32-33). Assim, é possível afirmar que o presente trabalho permitirá perquirir a efetividade de um instrumento (GRAP) voltado ao exercício de deveres inerentes à constituição do próprio Estado e de suas instituições.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

Inicialmente, importa estabelecer uma linha divisória entre as políticas e as políticas públicas. Enquanto as primeiras aparecem nos textos normativos com o seu significado, as segundas representam verdadeiros programas de ação governamental que dispõe sobre os meios de atuação do Poder Público. Assim, é possível perceber que “*nem tudo que a lei chama de política é política pública*”.³

Releva ressaltar o significado de políticas públicas conforme Maria Paula Dallari Bucci ao tratar sobre o assunto:

Políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo.

[...]

No sistema constitucional brasileiro, as políticas públicas mais comumente se expressam por meio de leis⁴.

Na mesma seara, Patrícia Helena Massa-Arzabe sustenta que:

[...] a utilização da expressão política pública serve para designar não a política do Estado, mas a política do público, de todos e para todos. Trata-se da política voltada a fazer avançar os objetivos coletivos de aprimoramento da comunidade e da coesão – ou da interdependência – social⁵.

Ainda na perspectiva conceitual, “*as Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público*”.⁶

3 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

4 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, mar.1997. p. 95.

5 MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 61.

6 CALDAS, Ricardo Wahrendorff (Coord). *Políticas Públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. p. 5.

Nesse sentido, seguem ensinamentos da autora Maria Paula Dallari Bucci:

Isso ilustra porque a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito⁷.

Com efeito, as políticas públicas são programas de ação governamental que visam a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Representam, portanto, arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência jurídica deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de forma a integrar à atividade política os valores e métodos próprios da ciência do Direito. Assim, as políticas públicas possuem elementos estranhos ao Direito, tais como dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público pretende atingir por meio desses programas de ação governamental.⁸

É possível afirmar, portanto, que o conceito de políticas públicas é resultado de inúmeras variáveis e que não surge por si mesmo ou por fatores endógenos. Ele é delimitado pelas múltiplas possibilidades de conexão de ações que contribuem para fazer da política pública o centro de equilíbrio de forças sociais diferentes.⁹

Apesar de normalmente se expressarem por lei, conforme anteriormente mencionado, as políticas públicas têm diferentes fontes legais:

As políticas públicas têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo.¹⁰

Nesse mesmo diapasão, a promoção e a proteção dos direitos humanos e demais direitos reconhecidos em um ordenamento jurídico são realizados,

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14

8 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38-46.

9 CHRISPINO, Alvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 17.

10 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

pelo Estado, por meio da execução de políticas públicas e, por isso, a sua elaboração deve estar em consonância com o texto constitucional e demais instrumentos normativos e ter como finalidade o interesse público e a promoção e proteção de direitos¹¹.

O autor Fernando Aith, ao considerar política pública a atividade de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações do Estado, aponta como sua finalidade a consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos, “(...) *considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos*”¹².

Tendo em vista os conceitos anteriormente desenvolvidos, percebe-se que as políticas públicas representam ações do Poder Público, com amparo em normas, que possuem como propósito a concretização de direitos determinados por deveres inerentes à constituição do próprio Estado e de suas instituições.

1.2 POLÍTICA PÚBLICA E EFETIVIDADE

Conforme abordado no item anterior, a instituição de planos voltados à implementação de uma política pública direcionada ao combate à improbidade administrativa, à corrupção e a impulsionar a recuperação de ativos é uma medida que ultrapassa uma gestão governamental, pois diz respeito a uma missão perene do Estado.

Nesse contexto, diferenciam-se políticas públicas de Estado e de governo. Tais diferenciações devem observar três fatores principais, quais sejam: a) os objetivos da política pública; b) a forma de elaboração, planejamento e execução da política pública; c) a forma de financiamento da política pública.¹³

No que tange ao Grupo Permanente de Atuação Proativa da Procuradoria-Geral da União, é possível afirmar que se trata de uma política pública de Estado, pois transpassa a questão governamental.

Assim, tendo em vista os fatores principais anteriormente mencionados, verifica-se que o GRAP tem como objetivo a consolidação

11 AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 218.

12 AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 232.

13 AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 235.

institucional da organização política do Estado e não se trata de uma política pontual. No que se refere a forma de elaboração, planejamento e execução, as atividades exercidas pelo referido Grupo Permanente são contínuas, na medida em que não são interrompidas com a mudança de governo; elas são exercidas pelo próprio Estado e possuem como finalidades atividades essenciais do mesmo.¹⁴

O último fator que auxilia na diferenciação de uma política de Estado ou de governo diz respeito a forma de financiamento. O GRAP é mantido integralmente com recursos orçamentários da União destinados ao custeio da Advocacia-Geral da União, abrangendo a manutenção das despesas com instalações e logística para funcionamento, com remuneração de servidores públicos que desenvolvem atividade de apoio, com os subsídios de Advogados da União que exercem suas funções na área.¹⁵ Os investimentos em capacitação da equipe de servidores e Advogados da União, aquisição de equipamentos, ferramentas de Tecnologia da Informação e mobiliários em geral também são custeados pelo orçamento geral da União.

Ademais, como o próprio nome estabelece, diz respeito a um Grupo “Permanente”, o qual independe do governo.

Ao conceituar efetividade¹⁶, relaciona-se com seus resultados a partir de um contexto social próprio, nos seguintes termos:

efetividade é a consequência de um produto, ação ou tecnologia aplicada em condições reais. Desse modo, a efetividade está relacionada aos resultados produzidos num contexto social específico, que devem ser os mais amplos possíveis. A efetividade é medida, portanto, pela quantidade de mudanças significativas e duradouras na qualidade de

14 Segundo Fernando Aith, a política de Estado destina-se às funções essenciais do Estado, que não podem ser delegadas a terceiros, por serem razão de existência do próprio Estado, nem sofrer quebra de continuidade, por serem políticas que dão a estrutura básica do Estado e cuja quebra de continuidade pode colocar em risco a própria existência do mesmo (AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 238).

15 Informação detalhada do orçamento destinado à Advocacia-Geral da União consta no Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União*. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/funcoes/03-essencial-a-justica?ano=2020>>. Acesso em: 17 de maio de 2020).

16 Diversos autores, ao tratarem acerca do tema efetividade, fazem distinções entre eficácia, eficiência e a efetividade propriamente dita. Assim, releva ressaltar que “a eficiência está relacionada ao método com o qual realizamos as ações pretendidas, eficácia diz respeito ao resultado final da ação (alcançou-se ou não o objetivo pretendido) e efetividade corresponde ao grau de qualidade do resultado obtido” (MATIAS-PEREIRA, José. Administração pública. 5. Rio de Janeiro Atlas 2018. p. 74).

vida ou desenvolvimento do público beneficiário da ação que o projeto ou política foi capaz de produzir¹⁷

As políticas públicas devem ser examinadas a partir dos efeitos institucionais produzidos e por isso devem ser considerados os seus aspectos dinâmicos, ou seja, importante averiguar a efetividade jurídica, que diz respeito aos efeitos “replicados e treplicados” a partir da ação governamental. Maria Paula Dallari Bucci esclarece, ainda, que a efetividade ideal do direito não reside em um ato de vontade do gestor público, mas decorre da cultura institucional, baseada na adoção de práticas que reforçam o tratamento jurídico expresso e sistemático das consequências da ação, seus desdobramentos e seus contra efeitos.¹⁸

A partir das premissas anteriormente desenvolvidas é possível inferir que a efetividade, portanto, se relaciona com os resultados produzidos em um contexto social e não reside em um ato de vontade do gestor público.

Questão de grande relevância na atualidade diz respeito aos resultados da política pública, pois ao implementá-la, através de programas sociais, ela deve possuir metas e objetivos bem explícitos, a fim de que o sucesso ou o fracasso possam ser observados e medidos empiricamente. A afirmação ou a simples pressuposição de que a medida vai ter sucesso, é insuficiente para os dias atuais.¹⁹

A implementação, portanto, constitui uma fase da produção de política pública que não é habitualmente analisada como responsável pelo êxito ou pela falência daquela política. Todavia, é no seu decurso que se observa a concretização do projeto que o governo entendeu ser o mais adequado para solucionar a questão. Percebe-se que é possível a partir da implementação examinar a quem vai beneficiar efetivamente a política, de que forma, com que meios e através de quem. Além disso, é exatamente ao longo desse itinerário que é possível identificar necessidades de adaptações.²⁰

Nesse sentido, faz-se necessário examinar ainda que a atuação proativa no combate à improbidade administrativa e à corrupção, bem como ao incremento da recuperação de ativos, representa uma política

17 CHRISPINO, Alvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 207.

18 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

19 BILHIM, João. Políticas públicas e agenda política. *Revista de Ciências Sociais e políticas*, Lisboa, n° 2, p. 99-121, jan./abr. 2008. p. 103.

20 CARDIM, Maria Engrácia. Implementação de políticas públicas – Do discurso às práticas. *Revista de Ciências Sociais e políticas*, Lisboa, n° 3, p. 133-149, jan./abr. 2009.

pública, avaliando, outrossim, os resultados decorrentes da atuação do Grupo Permanente instituído pela PGU.

1.3 POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E À CORRUPÇÃO, BEM COMO AO INCREMENTO DA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Conforme visto anteriormente, a política pública é constituída por diversas ações do Poder Público para a realização de objetivos determinados, sendo amparada por um rol de normas para a sua efetivação.

Trazendo os elementos e o conceito de políticas públicas para o tema objeto deste trabalho, verifica-se que o combate à improbidade administrativa, à corrupção e a atuação na recuperação de ativos representam deveres inerentes à instituição do próprio Estado e de suas instituições, ou seja, são objetivos de ordem pública. Logo, a atuação proativa em tais ações pode ser considerada como uma política pública pois impulsiona o cumprimento de tais objetivos públicos de forma mais eficiente.

A partir de tais bases, depreende-se que as políticas públicas são organizadas e estruturadas por meio de planos, os quais são veiculados por ato normativo (Poder Legislativo) e executados por medidas implementadas pelo Poder Executivo e pelas instituições de Estado, dentre as quais se insere a Advocacia-Geral da União.

Logo, seria possível afirmar que o combate a atos de corrupção e a defesa da probidade administrativa estão definidos na Constituição Federal, em tratados internacionais e em leis e demais atos normativos infraconstitucionais, sendo organizados em Planos Nacionais de Combate à Corrupção e Defesa da Probidade (o mesmo se aplica à recuperação de ativos) e materializados em ações governamentais e de instituições de Estado por meio de medidas administrativas com vista a se atingir tais objetivos, a exemplo da criação do Grupo Permanente de Atuação Proativa no combate à improbidade administrativa, à corrupção²¹ e no incremento à recuperação de ativos²².

21 Apenas a título exemplificativo, releva registrar legislações importantes que tratam sobre improbidade administrativa e corrupção a partir da evolução cronológica: -Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; - Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965; - Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; - Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; -Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; - Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992; -Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; -Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; - Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011; -Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; - Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013; - Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

22 Registra-se, exemplificadamente e de forma cronológica, principais legislações que tratam a respeito da recuperação de ativos: - Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967; -Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998; - Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016; - Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017; - Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018.

A instituição de planos voltados à implementação de uma política pública direcionada ao combate à improbidade administrativa, à corrupção e para impulsionar a recuperação de ativos é uma medida que suplanta uma gestão governamental, pois diz respeito a uma missão perene do Estado, voltada a se atingir o interesse público, o qual é conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses dos indivíduos que compõem a sociedade, ou seja é o interesse do conjunto social ou a dimensão pública dos interesses individuais, na expressão empregada pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello.²³

A atuação do Estado no combate à improbidade administrativa, à corrupção e na recuperação de ativos está, portanto, voltada ao atendimento ao interesse público primário, ou seja, suplanta o próprio interesse da pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e as diretrizes político-institucionais de determinado governante (interesse público secundário ou da própria pessoa jurídica de direito público),²⁴ constituindo-se, a rigor, em política pública permanente do Estado brasileiro.

No que tange ao combate à improbidade administrativa releva registrar que:

O combate à improbidade administrativa, para lograr o grau de efetividade exigido na Magna Carta, não pode jamais ser mera atividade pontual da Administração. A constituição exige uma política pública de repressão ao referido fenômeno, que coloca em risco o Estado Democrático²⁵

Nesse mesmo sentido, José Roberto Pimenta Oliveira afirma que *“a vedação à prática de atos de improbidade administrativa é concretização*

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 182.

24 O interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto abrangendo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 57).

25 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 507. Ainda sobre a temática tratada, o mesmo autor sustenta ainda que *“A improbidade administrativa constitui um sistema constitucional geral, autônomo e com feição primariamente punitivo e secundariamente reparatório, de responsabilidade dos agentes públicos e terceiros. A identidade normativa da improbidade tem sido bastante prejudicada pela ausência de estudo sistemático do sistema constitucional geral no qual ela se insere, bem como de abordagem sistemática do próprio regime, levando em consideração os elementos normativos estruturais do seu sistema”* (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O Conflito de Interesses como ato de improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.congressodecompliance.leg.com.br/2018/workshop-k/1594-9-Pimenta-ComentariosColImprobidade.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2020. p. 158).

*constitucional autêntica do princípio republicano, e seus corolários de moralidade e impessoalidade no exercício das funções estatais*²⁶

O termo corrupção, conforme ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tem inúmeros significados e serve tanto para designar uma ação como um estado, evidentemente inter-relacionados. Portanto, enseja ora um enfoque dinâmico, ora um outro estático. Ademais, afirma ainda referido autor, que a corrupção não é novidade e em algo exclusivo do Brasil e, em sentido estrito, “*o termo se refere à conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material*”.²⁷

A atuação na recuperação de ativos é uma atividade que amplia as possibilidades de atuação do Estado, pois recupera aos cofres públicos recursos que são destinados ao custeio das despesas do próprio Estado ou mesmo são aplicados na implementação de políticas públicas.

A improbidade administrativa e a corrupção são fatores que prejudicam ou chegam a impedir a implementação de políticas públicas. Por outro lado, a atuação no combate a tais práticas ilícitas e a obtenção do aumento da recuperação de ativos são medidas relevantes para viabilizar a criação de novas políticas públicas ou até mesmo a melhoria das já existentes.

2 GRUPO PERMANENTE DE ATUAÇÃO PROATIVA DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E NORMAS REGULAMENTADORAS

A Advocacia-Geral da União foi criada pela Constituição Federal de 1988 (artigo 131), como instituição essencial à justiça, com a missão de representar a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.²⁸ A representação da União em matéria fiscal, abrangendo a cobrança judicial e administrativa de créditos tributários e não tributários e no assessoramento e consultoria jurídica no âmbito especificamente do Ministério da Economia

26 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 501.

27 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A corrupção como fenômeno social e político*. Disponível em: <file:///C:/Users/biel_/Downloads/44482-99309-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

28 A representação da administração pública federal indireta (autarquias, agências reguladoras e fundações públicas federais) cabe à Procuradoria-Geral Federal, instituída pelo artigo 9 da Lei 10.480, de 2 de julho de 2002, como órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal. Há, ainda, a Procuradoria-Geral do Banco Central, que representa judicial e extrajudicialmente especificamente o Banco Central do Brasil, bem como exerce as funções de consultoria e assessoramento jurídico, conforme o disposto no artigo 4º da Lei 9.650, de 27 de maio de 1998.

cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, integrante da Advocacia-Geral da União, nos termos do §3º do artigo 131 da Constituição Federal. A lei orgânica da Advocacia-Geral da União foi editada em 1993 (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

Dentre os órgãos superiores da Advocacia-Geral da União, o artigo 2º da Lei Complementar nº 73/93 instituiu a Procuradoria-Geral da União responsável pela representação judicial da União, abrangendo os três poderes da República e as funções essenciais à justiça, atuando nas diversas instâncias do Poder Judiciário, bem como no contencioso internacional, além das demais relevantes funções previstas no artigo 21 da estrutura regimental da AGU.²⁹

A Procuradoria-Geral da União é estruturada em Departamentos, sob a direção e supervisão do Procurador-Geral da União,³⁰ dentre os quais o Departamento de Patrimônio Público e Probidade (DPP), que tem por atribuição o planejamento, a coordenação e a supervisão das atividades relativas à representação e à defesa da União em matéria de patrimônio, meio ambiente, probidade e recuperação de ativos, além da representação judicial na defesa da União na referida temática junto a tribunais superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, bem como orientar e supervisionar as atividades de representação e defesa judicial da União nos precatórios e requisições de pequeno valor.³¹

Para exercer as suas atribuições em todo o país, a Procuradoria-Geral da União conta com unidades de execução consistentes em cinco Procuradorias Regionais da União,³² com uma Procuradoria da União em cada Estado federado, além de diversas Procuradorias-Seccionais da União com a competência abrangendo determinados Municípios, conforme o artigo 22, inciso III, da estrutura regimental da AGU.

Pelo histórico brevemente apresentado, depreende-se que a atuação nas áreas de combate à corrupção, na defesa da probidade e na recuperação de ativos, no âmbito da Procuradoria-Geral da União, passou a ser estruturada, centralizada e coordenada com a criação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade. Contudo, nas unidades de execução da PGU em todo o país as atividades nessas áreas continuaram a ser desenvolvidas segundo as respectivas organizações internas.

29 Estrutura Regimental da AGU: Anexo I do Decreto federal nº 7.392, de 13 de dezembro de 2020.

30 Artigo 41, inciso II, da Estrutura Regimental da AGU, anexa ao Decreto federal nº 7.392/2010.

31 Artigo 2º da Estrutura Regimental da AGU anexa ao Decreto Federal nº 7.392/2010, com redação atual conferida pelo Decreto 8.995, de 2 de março de 2017.

32 As Procuradorias Regionais da União apresentam como abrangência de atuação as mesmas definidas para a competência jurisdicional dos Tribunais Regionais Federais, conforme fixado pela Resolução nº 1, de 6 de outubro de 1988, do extinto Tribunal Federal de Recursos, pelo artigo 27, §§ 6º e 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, com regulamentação pela Lei 7.727, de 9 de janeiro de 1989.

Na busca de avanços de gestão, a Procuradoria-Geral da União, por meio da Portaria PGU n.º 15, de 25 de setembro de 2008, criou o Grupo Permanente de Atuação Proativa, com o objetivo de organizar, uniformizar e sistematizar a atuação em tais áreas em todas as unidades.

Nesse sentido, a Portaria PGU n.º 15/2008 definiu em seu artigo 1º a criação de grupos permanentes de atuação proativa no âmbito das Procuradorias Regionais da União, das Procuradorias da União e das Procuradorias-Seccionais da União, bem como estabeleceu o quantitativo mínimo de Advogados da União necessários para dar suporte à atuação nos processos judiciais e nas matérias elencados em seu artigo 2º.³³

As atividades do Grupo Permanente tiveram início em janeiro de 2009, constituindo-se em um grande avanço na atuação proativa, com uma maior uniformização dos procedimentos e, por conseguinte, um aumento considerável do número de ações propostas e de valores recuperados ao erário.

Nesse sentido, analisando-se os relatórios de atividades do Grupo Permanente, elaborado pelo Departamento de Patrimônio Público e Probidade da PGU, que apresentam dados de 2001 a 2019, verifica-se um incremento significativo na atuação proativa com o aumento do número de ações ajuizadas e de valores recuperados ao erário, conforme será detalhado no item 2.4 deste artigo.

A instituição do Grupo foi reconhecida com a concessão do Prêmio INNOVARE, no Tema: Combate ao Crime Organizado, no ano de 2011, conferido pelo Instituto Innovare, com destaque para a recuperação efetiva de valores desviados das áreas de saúde, educação e infraestrutura, a exemplo de saneamento básico.³⁴

No decorrer desse período após a criação do Grupo Permanente em 2008 e início de seu funcionamento em janeiro de 2009 houve uma grande transformação na forma de trabalho na Administração como um todo, mas especialmente no Poder Judiciário e na Advocacia-Geral da União, com o avanço do processo eletrônico. Com a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, foi admitido o uso do meio eletrônico na tramitação

33 Dentre as atividades do Grupo, a Portaria PGU n.º 15/2008 atribuiu propor e acompanhar ações civis públicas e ações de improbidade administrativa, proceder a intervenção no polo ativo das ações citadas e em ações populares, propor e acompanhar também as ações de execução de julgados do Tribunal de Contas da União, as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade ou cuja recomposição seja superior a um milhão de reais, atuar na instauração e acompanhamento de procedimento administrativo prévio para a coleta de documentos e informações para a atuação judicial nas citadas ações judiciais, analisar e preparar propostas de termos de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios relacionados às citadas ações judiciais, dentre outras.

34 INSTITUTO INNOVARE. *Prêmio innovare - Edição VIII - 2011*. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/grupo-permanente-de-atuacao-pro-ativa-da-agu>>. Acesso em: 25 maio 2020.

dos processos judiciais, tendo sido firmado acordos de cooperação técnica pelo Conselho Nacional de Justiça com o Conselho da Justiça Federal e os diversos tribunais,³⁵ possibilitando a paulatina substituição do processo físico pelo processo eletrônico.

Na Advocacia-Geral da União, além do impacto do processo judicial eletrônico, houve também a substituição, a partir do início de 2014, dos expedientes, dossiês e processos administrativos físicos pelo eletrônico, com a instituição do Sistema Sapiens de Inteligência Jurídica (SAPIENS)³⁶.

Com o avanço do processo eletrônico, também ganhou impulso na Advocacia-Geral da União a adoção de mecanismos de gestão para a atuação na área contenciosa com maior especialização e com foco na redução de litigiosidade. Nessa linha, a Procuradoria-Geral da União editou a Portaria n.º 2, de 13 de abril de 2018, definindo, dentre as diversas áreas de atuação, a de recuperação de ativos e de patrimônio e probidade, com vista a promoção da racionalização dos trabalhos, a especialização, a uniformização de entendimentos, a redução de litigiosidade e a equalização do volume de trabalho entre as diversas Procuradorias e suas respectivas equipes.³⁷

As Procuradorias Regionais, paulatinamente, foram inserindo tais diretrizes em suas equipes de trabalho.³⁸ A Procuradoria Regional da União da 3ª Região em 2019 criou quatro equipes regionalizadas, substituindo a atuação por competência territorial das dozes unidades existentes na 3ª

35 Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados, Justiça Militar, Justiça do Trabalho e por fim com a Justiça Eleitoral.

36 O Sistema SAPIENS é uma ferramenta de gerenciamento de processos e informações integrado ao processo judicial eletrônico. Permite a instauração de processos administrativos eletrônicos, sua tramitação e a troca de informações com órgãos conveniados. Assim, com a implementação do Sistema SAPIENS em toda a Advocacia-Geral da União, houve a substituição de dossiês e autos físicos por eletrônicos, tornando mais célere, integrada e eficaz a tramitação de processos, quer administrativos quer judiciais.

37 Somam-se à citada Portaria PGU n.º 2/2018: a) a Portaria PGU n.º 3, de 20 de abril de 2018, que instituiu o modelo de gestão judicial, que tem por objetivo aperfeiçoar os trabalhos internos, a atuação estratégica, a gestão do conhecimento e a racionalização das atividades judiciais, jurídicas e administrativas em busca de uma representação e defesa da União de modo eficiente, efetiva e uniforme; b) a Portaria PGU n.º 10, de 04 de dezembro de 2018, que institui diretrizes para a gestão do conhecimento na Procuradoria-Geral da União e em suas unidades. Essa Portaria criou Comissões Temáticas para a gestão do conhecimento, dentre as quais as Comissão Temática a de Recuperação de Ativos e Patrimônio Público e Probidade; c) a Portaria PGU n.º 11, de 14 de dezembro de 2018, que institui diretrizes para a gestão de riscos administrativos, judiciais e estratégicos. Todas as citadas Portarias integram a Política de Governança e Projetos da PGU e da AGU.

38 A Procuradoria Regional da União da 4ª Região foi a precursora dentre as Regionais nas iniciativas nesse sentido ao instituir duas coordenações com perfis regionais na área do proativo, a Coordenação Regional de Recuperação de Ativos (CORAT) e a Coordenação Regional de Atuação Proativa (COAPRO), conforme disciplinadas na Portaria PRU4 n.º 6, 07 de agosto de 2017.

Região (abrangendo os Estados de São Paulo e de Mato Grosso do Sul) pela atuação temática e regional.³⁹

Diante de tais transformações, e tendo transcorrido período de mais de dez anos desde a criação do Grupo Permanente de Atuação Proativa, a Procuradoria-Geral da União procedeu a reestruturação dos trabalhos desenvolvidos nessa área e por conseguinte a revisão da Portaria PGU n.º 15/2008, com a edição da Portaria PGU n.º 10, de 16 de maio de 2019, que institui no âmbito das Procuradorias Regionais da União, os Grupos Regionais de Atuação Proativa (GRAPs), conforme será tratado a seguir.

2.2 NOVA ESTRUTURA DO GRUPO PERMANENTE DE ATUAÇÃO PROATIVA

A Portaria PGU n.º 10, de 16 de maio de 2019, reestrutura o Grupo Permanente de modo que o mesmo possa atingir eficazmente as suas duas grandes missões: recuperar ativos e combater à corrupção e à improbidade administrativa.

Assim, o artigo 3º da citada Portaria estabelece que o Grupo Permanente é formado por duas equipes distintas, cada qual com suas competências e áreas de atuação bem definidas, conforme definidas nos artigos 10 e 11. O artigo 9º, por sua vez, estabelece as atribuições comuns aos Advogados da União de ambas as equipes.

Uma equipe é especializada no combate da corrupção, atuando nos inquéritos policiais, nas ações penais, por meio da intervenção da União, quando for o caso, nas ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, nas ações civis *ex delicto*, decorrentes de atos de improbidade ou de corrupção, nas ações judiciais de responsabilização de pessoa jurídica na forma da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, bem como nas ações populares em que a União aderir ao polo ativo.

Por sua vez, a outra equipe é especializada na recuperação de ativos, que abrange a atuação extrajudicial e judicial voltada à obtenção junto aos devedores da restituição ou pagamento de valores devidos ao erário, ressalvados os que versem sobre assuntos internacionais.

39 Foram criadas pela Procuradoria Regional da União da 3ª Região a Divisão Regional de Juizados Especiais Federais (Ordem de Serviço PRU3 n.º 2, de 11/01/2019), a Coordenação Regional de Atuação Proativa (Portaria PRU3 n.º 8, de 26/09/2019), a Divisão de Atuação Trabalhista (Portaria PRU3 n.º 18, de 26/09/2019) e a Divisão de Saúde Pública (Portaria PRU3 n.º 17, de 24/9/2019). As áreas de atuação de tais equipes especializadas deixaram de ser de atribuição das Procuradorias que integram a 3ª Região e passaram a ser de responsabilidade das referidas equipes, formadas por Advogados da União das diversas unidades. Com o processo eletrônico e o uso do Sistema SAPIENS o Advogado da União de uma equipe especializada consegue desenvolver as atividades de processos de outras unidades, somente restando um percentual mínimo de atividades presenciais, que ficam a cargo dos Advogados da União com exercício na unidade em que a atividade deve ser realizada.

As cinco Procuradorias Regionais da União instituíram os respectivos Grupos Regionais de Atuação Proativa, com os quantitativos mínimos de Advogados da União determinados pela PGU no quadro anexo à citada Portaria.⁴⁰ As equipes devem absorver os trabalhos das Unidades da respectiva Região relacionados às matérias disciplinadas na Portaria PGU n.º 10/2019, o que é viável diante do processo eletrônico e da distribuição das tarefas administrativas, jurídicas e judiciais aos Advogados da União por meio do Sistema SAPIENS.

Além da delimitação de duas equipes especializadas, o artigo 2º da Portaria PGU n.º 10/2019 estabelece que os Advogados da União que integram o Grupo Permanente devem atuar em regime de dedicação exclusiva, ou seja, não devem atuar concomitantemente em outra atividade ou em equipe especializada diversa.

Outra medida presente no citado ato regulamentador (artigo 8º, inciso I) consiste na determinação para que os Coordenadores Regionais dos GRAPs organizem os trabalhos e formem as equipes de modo a permitir que as atividades de ajuizamento e acompanhamento das ações judiciais sejam realizadas regularmente, evitando-se, assim, a formação de passivo de dossiês eletrônicos, tão prejudicial para se atingir os objetivos almejados pela Portaria PGU n.º 10/2019.⁴¹

Conclui-se, portanto, que a grande inovação da Portaria PGU n.º 10/2019 foi a criação de duas equipes, uma voltada ao combate à corrupção e a defesa da probidade e a outra com foco na recuperação de ativos, sendo tais equipes formadas regionalmente e responsáveis pelas demandas de trabalho nessas áreas de todas as unidades. Tal atuação regional possibilita ganhos em especialização e produtividade. A seguir serão abordadas as

40 A PRU da 1ª Região, pela Ordem de Serviço PRU1 n.º 05, de 03/7/2019; a PRU da 2ª Região, instituiu os GRAPs, segundo a regulamentação da Portaria PGU n.º 10/2019, mas sem um regramento específico; a PRU da 3ª Região, pela Portaria PRU3 n.º 08, de 26/06/2019; a PRU da 4ª Região, por sua vez, já disciplinava as competências da Coordenação Regional de Recuperação de Ativos e da Coordenação Regional de Atuação Proativa, nos moldes dos GRAPs Recuperação de Ativos e Probidade, Nos termos da Portaria PRU4 n.º 01, de 16/04/2019, as adaptando para as atribuições fixadas pela Portaria PGU n.º 10/2019; a PRU da 5ª Região, pela Ordem de Serviço n.º 05, de 29/7/2019,

41 Para a organização dos trabalhos nas equipes que compõem os Grupos Regionais, os Coordenadores dispõem de instrumentos de gestão conferidos pela Procuradoria-Geral da União, tais como as mencionadas Portarias PGU n.º 2, 3, 10 e 11, todas de 2018 (indicadas na nota de rodapé n.º 39), assim como a Portaria PGU n.º 18, de 30 de julho de 2019, que estabelece diretrizes para o cadastramento, controle e gestão do acervo de procedimentos extrajudiciais relativos às matérias de atuação dos GRAPs, o que possibilita o controle e a gestão eficaz das demandas que são encaminhadas aos Grupos Regionais. Por sua vez, outro instrumento de gestão para otimizar os trabalhos na recuperação de ativos consiste na Portaria PGU n.º 01, de 01 de fevereiro de 2018, que regula, no âmbito da PGU, os procedimentos e diligências a serem adotados para a localização de bens, que permite aos Advogados da União a atuação com foco em medidas que efetivamente possam resultar na recuperação de ativos para a União.

competências do Grupo Permanente de Atuação Proativa e a divisão de atribuições entre os Grupos Regionais.

2.3 DAS ATRIBUIÇÕES DOS GRUPOS REGIONAIS DE ATUAÇÃO PROATIVA

Conforme abordado no item anterior, as atribuições das equipes regionais de Defesa da Probidade e de Recuperação de Ativos são bem delimitadas na Portaria PGU n.º 10/2019. As competências das equipes de Defesa da Probidade estão previstas no artigo 10 e as das equipes de Recuperação de Ativos, no artigo 11.

Segundo o artigo 10, à equipe regional de Defesa da Probidade cabe propor e acompanhar as ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa, conforme disciplinado pela Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, com fundamento constitucional no artigo 37, §4º, da CF. A União é parte legítima para ingressar com a referida ação, nos termos do artigo 17 da referida Lei. Nessa área de atuação uma gama considerável de expedientes e dossiês administrativos distribuídos às equipes são alusivos a processos administrativos disciplinares que resultam na apuração de atos ilícitos praticados por servidores públicos federais, com aplicação de sanções administrativas de demissão e cassação de aposentadoria, para avaliação se é cabível o ingresso de ação judicial para obter o ressarcimento ao erário de prejuízos causados e de demais cominações legais. Conforme se depreende dos relatórios produzidos pela Controladoria-Geral da União, a segunda causa para aplicação de sanções administrativas consiste na prática de atos de corrupção, tema adstrito à área de atuação do GRAP em tela.⁴²

Compete à equipe da Defesa da Probidade propor e acompanhar as ações judiciais voltadas à responsabilização civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, conforme prevista na Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (denominada Lei Anticorrupção Empresarial). As condutas lesivas à administração pública, conforme indicadas no artigo 5º da citada norma, além da responsabilização criminal (passível de acompanhamento pelo GRAP-Probidade), ensejam a responsabilização administrativa e judicial. Nos termos do artigo 19 da citada Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgão de representação judicial, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das sanções previstas no mencionado artigo 19 da mencionada Lei Anticorrupção.

Além da atuação do GRAP-Probidade, a Procuradoria-Geral da União, por meio a Portaria PGU n.º 08, de 30 de novembro de 2018, instituiu

⁴² Maiores informações disponíveis em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.

o Grupo de Ajuizamento de ações decorrentes de Acordos de Leniência (GRAAL).⁴³ Trata-se de equipe nacional, sob a supervisão e coordenação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade da PGU, a qual é responsável pelo cadastramento, gerenciamento, instrução e ajuizamento das medidas judiciais cabíveis decorrentes das informações e documentos obtidos pelo Estado a partir de acordos de leniência celebrados pela Advocacia-Geral da União e pela Controladoria-Geral da União.⁴⁴ Cumpre destacar que as Comissões que conduzem as negociações de acordos de leniência contam com a participação de integrantes da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União, por força da Portaria Interministerial CGU-AGU n.º 2.278, de 15 de dezembro de 2016.

Compete às equipes regionais de Probidade, ainda, a atuação em inquéritos policiais e em processos judiciais criminais envolvendo infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União. Na fase inquisitorial, a equipe do GRAP-Probidade, sempre que houver interesse e efetiva utilidade para a União, deve atuar de modo a obter acesso às informações para que sejam adotadas medidas judiciais ou extrajudiciais na defesa dos interesses da União e do erário. Na ação penal, caberá, quando for o caso, a atuação como assistente do Ministério Público, nos termos do artigo 271 do Código de Processo Penal, visando resguardar o direito da União ao perdimento de bens, eventual multa, e à reparação do dano causado pela infração penal. Além da atuação na fase inquisitorial e na ação penal, compete à equipe em tela o ajuizamento de ações civis *ex delicto* e eventuais medidas acessórias, com relação a condenações penais que envolvam a defesa da probidade e o combate à corrupção.⁴⁵

Com relação às ações de improbidade administrativa, às ações judiciais voltadas à responsabilização civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, com base na Lei Anticorrupção Empresarial, às ações civis *ex delicto*, abrangendo as movidas pela União

43 Acordo de Leniência é o instrumento de ajuste entre ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca de um abrandamento da punição ou mesmo da sua extinção. Trata-se de um instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e o particular, se constituindo em um importante instrumento para a apuração de atos ilícitos e para a obtenção do ressarcimento de valores ao erário. O Acordo de Leniência é disciplinado no artigo 16 da Lei 12.846/2013, com regulamentação pelos artigos 28 a 40 do Decreto federal n.º 8.420, de 18 de março de 2015.

44 Já foram firmados onze acordos de leniência pela Controladoria-Geral da União e pela Advocacia-Geral da União, com valores envolvidos na ordem de mais de R\$ 13 bilhões, a título de ressarcimento ao erário por dano, enriquecimento ilícito e pagamento de multas. Há diversas outras tratativas em curso. Informações constam na página da Controladoria-Geral da União, acessada em 27/05/2020, no seguinte endereço eletrônico: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>.

45 A Portaria PGU n.º 7, de 9 de novembro de 2018, regula a atuação em inquéritos criminais, ações penais e nas ações civis *ex delicto*.

e nas quais o Ente Federado ingressa no polo ativo, assim como as ações populares em que a União integre o polo ativo, o cumprimento de sentença, disciplinado em suas regras gerais pelos artigos 513 a 519 do Código de Processo Civil, também cabe à equipe do GRAP-Probidade, salvo se o provimento jurisdicional objeto do cumprimento envolver apenas valores pecuniários devidos pela parte contrária, pois, neste caso, a competência será do GRAP-Recuperação (incisos II, III e IV do artigo 10 da Portaria PGU n.º 10/2019).

Quanto ao GRAP – Recuperação de ativos, dentre as suas atribuições está a de promover medidas extrajudiciais para a cobrança de créditos, tais como cobrança prévia, protesto e inscrição em cadastro restritivo de crédito, como medida para evitar a judicialização (inciso IV do artigo 11 da Portaria PGU n.º 10/2019). Para tanto, ter uma equipe especializada, com todo o fluxo de procedimentos e cadastros para a realização das medidas extrajudiciais de cobrança é fundamental para se conferir a máxima eficácia às medidas extrajudiciais de cobrança de créditos da União. Não sendo frutífera a tentativa de cobrança extrajudicial, o caminho é o ingresso de medidas judiciais, conforme as competências definidas no artigo 11 da citada Portaria.

Compete à equipe de Recuperação de Ativos, nos termos do artigo 11 da Portaria PGU n.º 10/2019, propor e acompanhar as ações civis públicas e outras ações que tenham por objeto o ressarcimento ao Erário. Caberá também a análise da conveniência e a necessidade do ingresso da União no polo ativo de ações civis públicas que tenham por objeto o ressarcimento ao Erário (inciso I, alíneas “a” e “b” e inciso III).

A equipe atua em ações judiciais que envolvam matéria de competência da Justiça Eleitoral (alínea “b” do inciso I). A nova redação do art. 37, § 6º, da Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, dada pela Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009, confere caráter jurisdicional aos processos de cobrança de créditos da União decorrentes de decisões judiciais de desaprovação de contas eleitorais, deixando de ser um procedimento administrativo. Como consequência, as decisões proferidas nos processos de prestação de contas também possuem natureza jurisdicional, constituindo-se em título executivo judicial. O Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução n.º 23.463/2015, estabeleceu em seu artigo 72, §1º, a atribuição da Advocacia-Geral da União para atuar nesses processos.⁴⁶

⁴⁶ Nessa linha, foi editada a Portaria PGU n.º 2, 12 de maio de 2016, que disciplina os procedimentos relativos à atuação judicial e extrajudicial da Procuradoria-Geral da União e de seus órgãos de execução, nos processos remetidos pela Justiça Eleitoral à Advocacia-Geral da União, na representação da União, visando à cobrança dos créditos apurados em favor do erário ou do Fundo Partidário, em processos de prestação de contas eleitorais. A referida Portaria, a partir de seu artigo 3º, regula os procedimentos para a cobrança extrajudicial e judicial de valores decorrentes de decisão judicial que apreciar as contas do órgão partidário

A equipe de Recuperação de Ativos atua, também, nas ações de execução de julgados do Tribunal de Contas da União que resultem em condenação ao ressarcimento ao erário ou pagamento de multa aplicada pela Corte de Contas (alínea “c” do inciso I). Não abrange a competência do GRAP-Recuperação de Ativos o ajuizamento de demanda que se destine a fazer cumprir, por exemplo, uma obrigação de fazer determinada em um julgado do TCU, por exemplo, cessar o pagamento de um benefício a servidor público ou a adoção de medidas na implementação de uma política pública. Tais comandos do TCU não estão diretamente adstritos ao combate à corrupção ou à recuperação de ativos, logo, não atrai a competência do GRAP-Recuperação ou mesmo do GRAP-Probidade, mas sim de outras equipes das Procuradorias. Nessa linha, também não é de competência do GRAP, por qualquer de suas equipes, a defesa da União em ação judicial que visa anular acórdão do TCU. O foco da atuação do GRAP é o combate a corrupção, a defesa da probidade e a recuperação de ativos.

Compete, ainda, à equipe de Recuperação de Ativos, a atuação nas ações em que a União figurou, inclusive, como parte ré, sendo que, após o trânsito em julgado, se apura que há valores devidos ao erário em decorrência, por exemplo, do cumprimento pela União de tutela de urgência posteriormente revertida. Neste caso, a recuperação de tais valores cabe a tal equipe do GRAP.

Ao GRAP-Recuperação de Ativos compete, também, atuar nas ações civis *ex delicto* e eventuais medidas acessórias nos termos do artigo 5º da Portaria PGU n.º 7, de 9 de novembro de 2018, ressalvada a atuação do GRAP-Defesa da Probidade, conforme visto no tópico anterior.

Caberá ao GRAP-Recuperação de Ativos, por seu turno, promover o cumprimento das sentenças proferidas nas ações referidas acima e das ações judiciais sob atribuição do GRAP-Defesa da Probidade quando remanescerem valores devidos pela parte contrária. A razão de tal distinção consiste no fato de que nesses casos a atuação está adstrita à recuperação de valores, concentrando-se, para ganhos em eficiência e especialização, na equipe de Recuperação de Ativos (artigo 11, inciso II).

A seguir serão apresentados os resultados que demonstram a evolução da atuação proativa voltada ao combate à corrupção e à recuperação de ativos da União com a criação dos Grupos Regionais de Atuação Proativa.

e de seus dirigentes. No entanto, diante da ausência de norma específica a respeito de processos relativos a candidatos, a mesma norma vem sendo seguida para orientar os procedimentos internos também nestes casos. Deverá, primeiramente, ser adotada medida para a cobrança extrajudicial, partindo-se, caso não seja exitosa essa forma de cobrança, para o ingresso de pedido de cumprimento de sentença, junto ao próprio júízo eleitoral.

2.4. RESULTADOS

A partir da análise dos relatórios anuais produzidos pelo Departamento de Patrimônio Público e Probidade da Procuradoria-Geral da União,⁴⁷ é possível constatar os avanços em termos de uma atuação proativa mais eficiente, com a instituição em janeiro de 2009⁴⁸ do Grupo Permanente de Atuação Proativa e posteriormente com a atuação de modo regionalizado, a partir de julho de 2019, por meio dos Grupos Regionais de Atuação Proativa em todas as Procurarias Regionais da União, nos termos definidos pela Portaria PGU n.º 10/2019.

Na atuação voltada ao combate à corrupção e aos atos de improbidade administrativa, a concentração dos trabalhos em equipes especializadas, com atuação de modo regionalizado, gerou um ganho em produtividade de mais de 20% (vinte por cento) especificamente no número de ações civis públicos por improbidade administrativa ajuizadas em 2019 (primeiro ano de instituição dos GRAPs), em comparação ao número de ações ajuizadas em 2018.⁴⁹ Deve-se levar em consideração que os GRAPs foram instituídos efetivamente entre julho e agosto de 2019, o que demonstra o ganho da especialização em tela. Os expedientes encaminhados pelos órgãos para os Grupos Regionais de Probidade são invariavelmente de análise complexa, exigindo tempo e dedicação para o estudo de grande acervo documental e preparação do conjunto probatório que deve instruir a petição inicial, sendo um grande ganho de produtividade destacar em cada Procuradoria Regional uma equipe destinada apenas ao ajuizamento de ações voltadas ao combate à corrupção e à improbidade administrativa.

Além do número de ações, constata-se também que houve uma redução no tempo despendido entre a chegada dos expedientes aos GRAPs e o efetivo ajuizamento da demanda ou mesmo o arquivamento do dossiê, em decorrência de não ser caso de ajuizamento. Isto também denota aumento na efetividade dos trabalhos.

No valor arrecadado com base na atuação no combate à corrupção também houve um significativo avanço. Os valores envolvidos nas ações de improbidade ajuizadas em 2019 corresponderam a mais de três bilhões e trezentos milhões de reais. Valores muito superiores ao do ano anterior à instituição dos GRAPs.

47 A PGU-DPP produziu relatórios da atuação proativa a partir de 2010, sendo o último relatório divulgado o de 2019. Os relatórios constam do banco de dados e informações na *Intranet*, da *Rede AGU*, do Departamento de Patrimônio Público e Probidade da PGU.

48 Portaria PGU n.º 15/2008.

49 No ano de 2018 foram ajuizadas 43 ações civil pública de improbidade pela União sendo que em 2019 foram ajuizadas 53 ações dessa natureza, tendo sido efetivamente revertido ao erário valor superior a dois bilhões de reais.

Nos acordos de leniência, a atuação especializada por parte da PGU-DPP e em parceria com a Controladoria-Geral da União resultou em um total de onze acordos com empresas investigadas pela prática de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações e na Lei de Improbidade Administrativa, gerando recursos na ordem treze bilhões e seiscentos milhões de reais.

Na recuperação de ativos ganha destaque o ingresso pela União de ações de execução de julgados do Tribunal de Contas da União, verifica-se que no ano de 2008 (ano anterior à criação do Grupo) foram ajuizadas 845 (oitocentos e quarenta e cinco) ações de execução de julgados do TCU, ao passo que no primeiro ano de sua implementação foram ajuizadas 1.776 (um mil, setecentos e setenta e seis) ações, sendo que em 2010 foram ajuizadas 2.147 (duas mil, cento e quarenta e sete) ações. Do ano anterior à criação do Grupo ao final do segundo ano de seu funcionamento houve um aumento mais de 227% (duzentos e vinte e sete por cento) no número de ações propostas. Os valores envolvidos em 2010 correspondem a mais de quinhentos e vinte e oito milhões de reais. No primeiro ano em que se deu a implantação das equipes regionalizadas de atuação proativa, 2019, o número de ações propostas correspondeu a 1.296 (mil, duzentas e noventa e seis) execuções ajuizadas.

A atuação nos processos de ressarcimento oriundos da Justiça Eleitoral também merece destaque, tendo sido ajuizadas 547 ações, com valores arrecadados na ordem de três milhões, cento e quarenta e cinco mil reais.

O valor total arrecadado ao erário com a atuação das equipes Regionais do Grupo Permanente, no ano de 2019, somando os processos oriundos da Justiça Eleitoral, do Tribunal de Contas da União, de ações de improbidade e cobranças em geral, chegou ao importe de mais de noventa milhões de reais, sendo este o maior valor efetivamente arrecadado desde o início da atuação do Grupo Permanente.⁵⁰

Também foram realizados em 2019 mais de seiscentos acordos pelos GRAPs, o que gerou a redução de litigiosidade e a arrecadação de recursos no importe de um bilhão e trezentos e vinte e um milhões de reais.

Nesse sentido, partindo-se da análise dos relatórios de atuação proativa da PGU, verifica-se um aumento significativo no número de ações ajuizadas e nos valores recuperados ao erário, o que demonstra a maior efetividade na atuação do Grupo Permanente, especialmente com a subdivisão em equipes regionais de probidade e de recuperação de ativos.

⁵⁰ No ano de 2018, o valor arrecadado foi de 39 milhões de reais, no ano de 2017, 58 milhões de reais, no ano de 2016, 53 milhões de reais e o ano de 2016, 13 milhões de reais.

3 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto a respeito do tema, é possível concluir que as políticas públicas representam ações do Poder Público, com amparo em normas, que possuem como propósito a concretização de direitos determinados por deveres inerentes à constituição do próprio Estado e de suas instituições.

O combate à improbidade administrativa, à corrupção e as ações para se impulsionar a recuperação de ativo da União representam deveres inerentes à constituição do próprio Estado e de suas instituições. A atuação proativa nessas atividades relevantes se constitui em si em uma política pública. Por outro lado, o Grupo Permanente de Atuação Proativa no combate à corrupção e recuperação de ativos representa uma política pública de meios, ou seja, um instrumento de uma política pública efetiva.

A Procuradoria-Geral da União, por meio da Portaria nº 15/2008 criou o Grupo Permanente de Atuação Proativa, com o objetivo de organizar, uniformizar e sistematizar a atuação em tais áreas em todas as unidades. Posteriormente, foi editada a Portaria nº 10/2019 que reestruturou o Grupo Permanente de Atuação Proativa e apresentou como grande inovação a criação de duas equipes, uma voltada ao combate à corrupção e a defesa da probidade e outra com foco na recuperação de ativos, sendo tais equipes formadas regionalmente, responsáveis por todo trabalho nessas áreas nas cinco Procuradorias Regionais da União, com ganhos em especialização e produtividade.

O GRAP Defesa da Probidade tem as atribuições previstas no artigo 10 da Portaria PGU n.º 10/2019, compreendendo propor e acompanhar as ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa e voltadas à responsabilização civil da pessoa jurídica por atos ilícitos contra a administração pública. Compete, ainda, a atuação em inquéritos policiais e em processos judiciais criminais envolvendo infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços e interesses da União. Cabe ao citado Grupo, também, analisar e adotar as providências para a intervenção da União no polo ativo das ações citadas e em ações populares.

Ao GRAP Recuperação de ativos, nos termos do artigo 11 da citada Portaria, compete promover medidas extrajudiciais para a cobrança de créditos da União. Compete, na seara judicial, propor e acompanhar ações civis públicas e outras ações que tenham por objeto o ressarcimento ao Erário, além da análise quanto à conveniência e a necessidade do ingresso da União no polo ativo dessas ações. Esse Grupo atua nas ações judiciais de cobrança de créditos da União em processos de competência da Justiça Eleitoral, bem como nas ações de execução de julgados do Tribunal de

Contas da União. O Grupo atua, ainda, nas ações civis *ex delicto*, bem como ao mesmo compete promover o cumprimento de sentença proferida nas ações judiciais citadas.

Os resultados da atuação do Grupo Permanente de Atuação Proativa, a partir de 2009, e dos Grupos Regionais de Defesa da Probidade e de Recuperação de Ativos, a partir de 2019, demonstram que há um ganho com a especialização, padronização na atuação e no trabalho de modo regionalizado, tendo havido aumento nos ajuizamentos de ações voltadas ao combate à corrupção e à improbidade administrativa, bem como para a recuperação de ativos da União, assim como houve um significativo aumento dos valores arrecadados pela União, demonstrando a eficiência nessa forma de atuação.

Assim, tendo em vista que a efetividade se relaciona com os resultados produzidos em um contexto social e não reside em um ato de vontade do gestor público, verifica-se que o Grupo Permanente de Atuação Proativa é um instrumento que visa conferir maior efetividade para o exercício de deveres inerentes às instituições de Estado voltadas ao combate aos atos de improbidade administrativa e à corrupção e com foco na recuperação de ativos da União.

Por fim, convém registrar que com a implementação e o aprimoramento do Grupo Permanente em tela foi possível encontrar formas para se atuar com maior eficiência na adoção de medidas voltadas ao combate à corrupção e à improbidade e a seus efeitos deletérios para a sociedade como um todo e para a própria atuação do Estado. Ademais, foi possível ainda a recuperação de elevados valores de ativos, o que auxilia e confere suporte à implementação de novas políticas públicas e no aperfeiçoamento das já existentes. Sendo assim, o Grupo Permanente de Atuação Proativa é um importante instrumento para a consolidação do Estado Democrático de Direito e também para a solidificação dos deveres inerentes à constituição do próprio Estado e de suas instituições.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica teoria e prática da monografia para concursos de direito*. São Paulo Saraiva 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, mar.1997.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff (Coord). *Políticas Públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008.

CHRISPINO, Alvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 207.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União*. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/funcoes/03-essencial-a-justica?ano=2020>>. Acesso em: 17 maio 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. Disponível em: <[file:///C:/Users/biel_/Downloads/44482-99309-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/biel_/Downloads/44482-99309-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 21 maio 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

INSTITUTO INNOVARE. *Prêmio innovare - Edição VIII – 2011*. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/grupo-permanente-de-atuacao-pro-ativa-da-agu>>. Acesso em: 25 maio 2020.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. *Administração pública*. Rio de Janeiro Atlas 2018, p. 74.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

COMPLIANCE NO MERCADO DE OBRAS DE ARTE E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

COMPLIANCE IN THE MARKET FOR WORKS OF ART AND PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE

Inês Virgínia Prado Soares

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica da São Paulo. Desembargadora no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Realizou pesquisa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo -NEV-USP (2009-2010).

Otávio Venturini

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP. Professor em cursos de pós-graduação de Direito Público e Compliance. Advogado e compliance officer. Liderou programa de integridade reconhecido pelo selo Pró-Ética (CGU) em 2018-2019.

SUMÁRIO: 1 Obras de Arte e *compliance*: considerações iniciais. 2 A evolução regulatória do tema: as imbricações do mercado de artes com o combate à lavagem de dinheiro e terrorismo. 3 Mecanismos de *compliance* para o mercado de artes. 4 Destinação das obras de arte apreendidas em processos penais que versem sobre lavagem de dinheiro. Referências.

RESUMO: O artigo aborda a utilização de obras de arte para lavagem de dinheiro e analisa a potencialidade na aplicação de políticas e processos de *compliance* de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo (PLD/FT) por aqueles que se envolvem no mercado das artes. O argumento central para desenvolvimento do artigo foi lastreado na importância das medidas preventivas, com adoção de protocolos e normas que afastem (ou dificultem sobremaneira) as obras de arte de esquemas criminosos de lavagem de dinheiro que, por sua vez, ocultam ou dissimulam os proveitos de outros ilícitos, como os crimes de corrupção e os financeiros. Também é discutida a destinação de obras de arte apreendidas em processos penais. O texto está estruturado em quatro tópicos argumentativos: Obras de Arte e *compliance*: considerações iniciais; A evolução regulatória do tema: as imbricações do mercado de artes com o combate à lavagem de dinheiro e terrorismo; Mecanismos de *compliance* para o mercado de artes; Destinação das obras de arte apreendidas em processos penais que versem sobre lavagem de dinheiro.

PALAVRAS-CHAVE: compliance; negociação de obras de arte; prevenção à lavagem de dinheiro e terrorismo; proteção do patrimônio cultural

ABSTRACT: The article addresses the use of works of art for money laundering and analyzes the potential application of policies and processes of compliance to prevent money laundering and financing of terrorism by those involved in the art market. The central argument for the development of the article was based on the importance of preventive measures. The destination of works of art seized in criminal proceedings is also discussed. The text is structured in four argumentative topics: Works of Art and compliance: initial considerations; The regulatory evolution of the theme: the interconnection between the arts market and the fight against money laundering and terrorism; Compliance mechanisms for the arts market; Destination of works of art seized in criminal proceedings that deal with money laundering.

KEYWORDS: compliance; negotiation of works of art; prevention of money laundering and terrorism; protection of cultural heritage

1 OBRAS DE ARTE E COMPLIANCE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As organizações criminosas em todo o mundo têm, frequentemente, lançado mão de obras de arte como ativos para viabilizar a lavagem de recursos provenientes, direta ou indiretamente, de crimes antecedentes.

As dificuldades em se mensurar o valor de mercado de um quadro, ou de outra obra de arte, somadas às especificidades do mundo das artes plásticas favorecem o uso destes bens nas transações delituosas. A discrição dos atores da negociação, característica tradicional desse mercado, é refletida no anonimato na aquisição e na falta de transparência nas transações.

Ademais, a compra de obras de arte guarda histórica relação com o mecenato, isto é, atividade de incentivo e patrocínio de atividades artísticas e culturais. Essa vinculação não apenas é uma indicação objetiva de compromisso com a cultura: ela permeia o inconsciente coletivo, refletindo a ideia de que o colecionador porta uma aura de erudição, o que lhe confere glamour e prestígio social, elementos dificilmente associados a práticas criminosas.

Todos esses ingredientes integram uma fórmula cujo resultado pode favorecer a consecução de propósitos ilícitos, caso haja desequilíbrio ou mal uso dos componentes integrantes dessa receita. Nesse sentido:

“(…) obras de arte são commodities tão visadas quando se quer frustrar a identificação de origem de recursos financeiros ilícitos, num procedimento que se costumou chamar de “lavagem de dinheiro” ou “branqueamento de capital”.

Pelas suas peculiaridades, o mercado de arte pode até ser utilizado por operadores inescrupulosos para fins ilícitos, mas diversos outros mercados também o são. O advogado suíço Fabian Teichmann, depois de entrevistar operadores financeiros de praças importantes na Europa e nos Estados Unidos, listou uma dúzia de métodos utilizados para lavar dinheiro hoje em dia: (1) ouro, (2) jóias, (3) diamantes, (4) antiguidades, (5) firmas de consultoria, (6) fusões e aquisições empresariais, (7) contas bancárias em paraísos fiscais, (8) caixas-cofres em bancos, (9) negócios com câmbio, (10) projetos imobiliários, (11) transações cash (cash intensive business), e, obviamente, (12) obras de arte.”¹

1 SOARES, Inês Virgínia P, FRANCA FILHO, Marcflio Toscana, Galeria não é lavanderia: alguns cuidados ao comprar ou vender obras de arte, 01/10/2019, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/galeria-nao-e-lavanderia-alguns-cuidados-ao-comprar-ou-vender-obras-de-arte-01102019>>. Acesso em: 01.06.2020.

Para além de servir de instrumento para lavagem de capitais, destaca-se ainda a hipótese em que lavagem de dinheiro é crime acessório de delitos antecedentes relacionados ao comércio ilegal e ao tráfico ilícito de obras de arte e bens culturais. Trata-se de delitos empreendidos, em regra, por organizações criminosas especializadas que atuam na incorporação de obras e bens culturais (falsificados ou autênticos, mas ilicitamente obtidos em países estrangeiros) ao mercado formal, por meio de operações que dissimulam a origem ilícita dos ativos obtidos.²⁻³

Como se não bastasse, o tráfico ilícito de bens culturais de valor para humanidade revela ainda escusas relações com práticas terroristas, seja pela destruição do patrimônio cultural, seja pelo seu desaparecimento, ao ser adquirido por colecionador, fato que tem merecido o engajamento de organizações internacionais para o seu combate.

No Brasil, as reflexões jurídicas avançam nos modos de reprimir mecanismos utilizados para esses fins e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm buscado respostas para punição dos agentes que praticam esse tipo de delito, bem como para enfraquecimento e dissolução de organizações criminosas.

No entanto, além da repressão, é preciso também tratar da prevenção, com adoção de protocolos e normas que afastem (ou dificultem sobremaneira) as obras de arte de esquemas criminosos de lavagem de dinheiro que, por sua vez, ocultam ou dissimulam os proveitos de outros ilícitos, como os crimes de corrupção e os financeiros.

Nessa perspectiva, uma das óticas mais importantes para análise do tema é o manejo dos mecanismos de prevenção, especialmente pela aplicação de políticas e processos de *compliance* de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo (PLD/FT) por aqueles que adquirem e comercializam obras de arte.

No Brasil, novos paradigmas foram estabelecidos a partir da Operação Lava Jato (LJ), que em 2020, no marco dos seis anos desde a primeira deflagração, contava com 70 fases. Essa operação teve impacto nas ações do Poder Executivo, com atuação do CADE em acordos de leniência e também com relevante atuação da AGU na repatriação de recursos.

No recorte temático das obras de arte, nos primeiros anos da LJ, houve significativa apreensão de quadros, esculturas e outras obras de artes de alto valor. Foram centenas de peças. Notou-se que estes artefatos

2 Cf.: MACHADO, Diogo de Oliveira. Expressões artísticas do crime: lavagem de dinheiro no mercado de arte. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cooperação em Pauta. nº 36 - Fevereiro de 2018. p. 2.

3 Sobre o tema do papel da criminalidade organizada para o tráfico ilícito de obras de artes e operações deflagradas na Itália para o seu combate, cf.: CESCHI, Geraldina. Il ruolo della criminalità organizzata nel traffico illecito di opere d'arte. Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata, v. 5, n. 3, 2019.

precisavam não apenas ser avaliados como também ter sua autenticidade atestada. Em 2017, foi divulgado o Laudo Pericial 266/2017, um marco no tema.

Mas as fases recentes da LJ e também outras operações policiais deflagradas indicaram a reiterada prática de uso de obras de arte para lavagem de dinheiro. Na 65ª fase da LJ, denominada “Galeria”, em 2019, o pedido de busca e apreensão feito pelo Ministério Público Federal apontava que obras de artistas contemporâneos como Beatriz Milhazes, Milton Dacosta, Iran do Espírito Santo e Ivan Serpa teriam sido artificialmente sobrevalorizadas, em uma operação ilícita entre empresas, particulares e uma Galeria de Arte.⁴ Como consta da petição do MPF em agosto de 2019:

“Consoante acima demonstrado, utilizando-se de propina paga pelo Grupo ODEBRECHT, em 26/02/2014, em espécie, no valor de R\$ 500.000,00, o investigado pagou, de modo dissimulado, parcelas relativas à aquisição da obra de arte “A Serpente e o Pássaro”, de Beatriz Milhazes. Para tanto, com a finalidade de ocultar a origem ilícita dos valores, MÁRCIO LOBÃO entregou o dinheiro em espécie para a empresa ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE, que, em troca, forneceu-lhe cheques não nominais, emitidos entre 14/02/2014 e 15/02/2014, no valor total de R\$ R\$ 637.500,00, que posteriormente foram utilizados pelo investigado para o pagamento de parcelas da citada obra.

Em seguida, foram realizadas alienações de obras de arte com preços aparentemente sobrevalorizados, tendo como alienante MÁRCIO LOBÃO e como adquirente a ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE, de modo que o montante excedente ocultasse os valores em espécie fornecidos à empresa. Nesse contexto, destaque-se que MÁRCIO LOBÃO declarou ao Fisco ter vendido, em 10/04/2014, (i) obra do artista MILTON DA COSTA, pelo valor de R\$ 850.000,00, quantia 1.788,89% superior ao custo de aquisição declarado, de R\$ 45.000,00; e (ii) obra de NICOLAU ANTONIO FACCHINETTI, pelo valor de R\$ 500.000,00, quantia 316,67% superior ao custo de aquisição declarado, de R\$ 120.000,00.

O investigado declarou à Receita Federal, ademais, ter vendido, também para a ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE, obras de arte de

4 MPF, PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ FORÇA-TAREFA LAVA JATO, peça judicial classe: Pedido de Busca e Apreensão Criminal, p.68 e 69. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1_INIC1.pdf>. Acesso em: 01.06.2020.

IVAN SERPA⁸⁸, em 15/12/2015, por R\$ 850.000,00, e de IRAN DO ESPIRITO SANTO⁸⁹, em 21/11/2018, por R\$ 85.000,00. Os negócios revelam-se também suspeitos, haja vista as aparentes sobrevalorizações das obras de arte – respectivamente 1.788,89% e 297,81% –, além de o aprofundamento das investigações indicar que MÁRCIO LOBÃO valia-se da ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE para a prática de atos ilícitos.”⁵

Como consequência da consagração de mecanismos de *compliance* para combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no Brasil, tem-se verificado cada vez mais a necessidade de criação de protocolos e de definição de regras com exigências relativas a programa de *compliance*, para coibir que o mercado de artes brasileiro se converta em instrumento para tais ilícitos. Em última instância, essas regras visam proteger nosso patrimônio cultural, dada importância da arte e da cultura como valioso ativo político, social e econômico, especialmente em países que não possuem inúmeras grandes coleções de arte, nem tantos museus com acervos de destaque, como o Brasil.

2 A EVOLUÇÃO REGULATÓRIA DO TEMA: AS IMBRICAÇÕES DO MERCADO DE ARTES COM O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E TERRORISMO

Inobstante as divergências doutrinárias acerca do bem protegido no crime de lavagem⁶, interessa-nos analisar a Lei nº 9.613/98 e a regulação do *compliance* em prevenção à lavagem de dinheiro (doravante PLD) como mecanismo de proteção dos bens culturais e dos atores envolvidos nas negociações, inclusive das obras de arte. Ou seja, o que se pretende é lançar luzes para os mecanismos impostos pela legislação ao mercado de obras de arte como um recurso protetivo das obras e da cadeia de atores – galeristas, artistas, peritos, centros culturais, museus, dentre outros.

Em uma visão mais ampla, o sistema normativo de proteção do patrimônio cultural, preconizado pela Constituição Federal, por legislações e

5 MPF, PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ FORÇA-TAREFA LAVA JATO, peça judicial classe: Pedido de Busca e Apreensão Criminal, p. 68 e 69. Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1_INICI1.pdf>. Acesso em: 01.06.2020.

6 Parcela da doutrina considera que o bem jurídico é Administração da Justiça “A lavagem é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas.” Cf.: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 2ª Ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 55. Há também autores que entendem mais acertado considerar o crime como pluriofensivo, por atingir atingindo a ordem econômica, a administração da justiça e o bem jurídico protegido pela infração penal antecedente. Cf.: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. São Paulo: Editora Saraiva. 11ª ed. 2017. p. 1086.

por normas específicas abarca os patrimônios arqueológico, paleontológico, espeleológico, os documentos históricos, os livros e publicações relevantes, as obras de arte, dentre outros. Além desse microsistema, a depender da situação concreta, as relações com os bens culturais precisam ser regidas a partir das normas de direito civil, direito administrativo, do sistema processual civil, inclusive o de defesa dos direitos difusos e coletivos, e do sistema processual penal.

No plano global, uma das primeiras respostas normativas da comunidade internacional no pós II Guerra, foi a Convenção de Haia, de 1954⁷, destinada especificamente à proteção de bens culturais em caso de conflito armado. Em 1970, a Unesco publica a Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais⁸ com a nítida concepção de que a retirada de bens culturais materiais do seio da comunidade, causa prejuízo também ao exercício dos direitos culturais e à formação ou consolidação dos bens imateriais. Em 1995, é lançada a Convenção Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados⁹, da qual o Brasil é parte.

Vale enfatizar que a legislação de combate à lavagem de capitais no Brasil estrutura-se sob três pilares principais¹⁰: i) tipificação e investigação autônoma do crime de lavagem de capitais em relação ao delito antecedente; ii) atribuição a um conjunto de pessoas físicas e jurídicas de deveres legais relacionados à identificação de clientes, manutenção de arquivos e comunicação de operações suspeitas - em suma, obrigações de *compliance* em matéria de prevenção à lavagem de dinheiro (PLD); e iii) criação de unidade de inteligência financeira, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), com atribuições de centralização das comunicações realizadas por pessoas obrigadas, intercâmbio de informações com autoridades estrangeiras e aplicação de sanções administrativas aos que descumprirem as obrigações de *compliance* em PLD.¹¹⁻¹²

7 A Convenção foi promulgada pelo Decreto 48.551 de 11 de novembro de 1958

8 A Convenção foi promulgada pelo Decreto 72.312, de 31 de maio de 1973

9 A Convenção foi promulgada pelo Decreto 3.166, de 14 setembro de 1999

10 Sobre a sistematização do tema, cf.: MACHADO, Máira Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no Brasil. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (Org.). Impasses a aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225-249.

11 RIZZO, Maria Balbina Martins de; ROSA, Ludmila Volochen da. Prevenção da Lavagem de Dinheiro e do Financiamento do Terrorismo (PLD-FT). In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. Manual de Compliance. São Paulo: Forense. 2ª ed. 2020. p. 375.

12 MACHADO, Máira Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no Brasil. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (Org.). Impasses a aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 228 e 229.

Sob essa perspectiva, os artigos 9º, inc. XI¹³, 10 e 11 da lei penal de lavagem de dinheiro estabelecem obrigações legais de *compliance* em PLD aos atores, pessoas físicas ou jurídicas, que comercializam, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, obras de arte e antiguidades. Além dos requisitos previstos na lei de lavagem, há a incidência de regras de *compliance* previstas em normas infralegais, especialmente as editadas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.

O Brasil possui ainda instrumentos específicos criados para atender aos compromissos assumidos pelo país perante a comunidade internacional. É o caso do Banco de Dados de Bens Culturais Procurados, do IPHAN¹⁴, que implementa a Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais (Unesco, 1970)¹⁵ e, principalmente, a Convenção Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, de 1995, com a finalidade de atender à campanha da UNESCO intitulada “Luta Contra o Tráfico Ilícito de Bens Culturais”.

Esse Banco de Dados conta com a colaboração da Polícia Federal (PF), da International Criminal Police Organization (Interpol) e da Receita Federal. Como explicado no site do IPHAN, na página dedicada ao tema:

“Quando um bem cultural móvel tombado é furtado ou roubado ele passa a integrar a Lista de Bens Culturais Procurados, para que seja possível identificar e recuperar esse patrimônio e devolvê-lo ao seu local de origem. Os colecionadores e compradores de objetos antigos devem consultar, regularmente, o Banco de Dados para evitar o envolvimento em crime de receptação do Patrimônio Cultural Brasileiro, roubado, furtado ou obtido por tráfico internacional de obras de artes. As penalidades para o crime estão previstas nos artigos 155 do Código Penal e 180 do Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (trata da receptação de bem furtado), e no Art. 62, da Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (versa sobre destruição e/ou deterioração de bens culturais).”¹⁶

13 Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...) XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

14 O Banco de Dados encontra-se disponível para acesso no endereço eletrônico do IPHAN: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/219>.

15 A Convenção foi promulgada pelo Decreto 72.312, de 31 de maio de 1973

16 Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1020>>. Acesso em: 23.03.2017

Embora a citação acima se refira a bens tombados, haverá ilicitude também quando os bens móveis, com restrição de saída do Brasil, forem exportados sem autorização dos órgãos competentes, ou forem furtados ou roubados. Desde a Lei do Tombamento, de 1937, já havia preocupação com a saída definitiva do país de bens culturais significativos: de objetos de interesse arqueológico, pré-histórico, histórico, numismático e artístico; obras de arte e de ofícios produzidos no Brasil até o fim do Período Monárquico, de livros antigos e acervos documentais (ver Decreto-lei 25/37, art.14, Lei n.3.924/61, art. 20, Lei n. 4.845/65, arts. 1º a 5º e Lei 5.471/68, arts.1º a 3º). Após a Constituição de 1988, outras leis também trataram do assunto, valendo mencionar a art. 3º, inc. I da Lei 8.394/91 (sobre os acervos documentais privados dos presidentes da República), art. 13 da Lei 8159/91 (lei de arquivos) e o art. 63 da Lei 11.904/09 (lei dos museus).

Por essa razão, é importante frisar que apesar do objetivo primordial do Banco de Dados de Bens Culturais Procurados seja o de facilitar a recuperação dos bens culturais e sua devolução ao local de origem, a sistematização das informações permite, também, que os acervos tenham uma maior segurança e que os bens culturais passem por um controle mais efetivo (no plano jurídico e administrativo) no caso de deslocamentos temporários para o exterior (controle na saída e no retorno), autorizados regularmente pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.¹⁷

Além dos órgãos públicos, a alimentação do Banco de Dados é de responsabilidade dos proprietários dos bens culturais tombados e dos depositários dos bens arqueológicos e paleontológicos, nos termos do art. 16 do Decreto-lei 25/37 e dos artigos 16, 18 e 19 da Lei 3.924/61. No mais, a Portaria IPHAN nº 195/2016 dispõe sobre procedimentos para solicitação de movimentação de bens arqueológicos em território nacional. É uma Portaria que tem a finalidade de padronizar, monitorar e gerir a movimentação de bens arqueológicos no território nacional.

Nesse sentido, o instrumento em comento exige uma atuação ativa e rechaça a omissão, inclusive dos particulares, que têm por obrigação comunicar o extravio, furto ou roubo dos bens culturais. Os colecionadores, logicamente, não podem adquirir peças sem garantia de procedência lícita (sob pena de praticarem crime de receptação) e têm também obrigação

17 Conforme dispõe o art. 20 da Lei 3.924/61: "*Nenhum objeto que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, constante de uma 'guia' de liberação na qual serão devidamente especificados os objetos a serem transferidos*" e art. 21: "*A inobservância da prescrição do artigo anterior implicará na apreensão sumária do objeto a ser transferido, sem prejuízo das demais cominações legais a que estiver sujeito o responsável. Parágrafo único. O objeto apreendido, razão deste artigo, será entregue à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*".

de preservar essas peças, para não incorrer no crime tipificado no art. 62, da Lei 9. 605/98.

A Instrução Normativa 001/2007 do IPHAN, por sua vez, criou o Cadastro Especial dos Negociantes de Antiguidades, de Obras de Arte de Qualquer Natureza, de Manuscritos e Livros Antigos ou Raros, previsto nos artigos 26 e 27 do Decreto-lei 25/37. E a Portaria 396/2016 do IPHAN dispôs sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem Antiguidades e/ou Obras de Arte de Qualquer Natureza, na forma da Lei nº 9.613 de 1998.

Ademais, os negociantes de obras de arte e os agentes de leilão que comercializam antiguidades e peças com valor artístico devem ser inscritos no Cadastro Nacional de Negociantes de Antiguidades e Obras de Arte (Cnart). Essa inscrição deve estar sempre atualizada, com manutenção do histórico registro das transações por cinco anos, para cumprimento da Lei 9.613/98 (que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e que foi atualizada pela Lei 12.683/12) e na Portaria IPHAN 396/2016.

O art. 13 da Portaria IPHAN 396/2016, acompanhando uma preocupação mundial, menciona a vinculação do tráfico ilícito de bens culturais não somente à lavagem de dinheiro, mas também ao terrorismo.

A ligação entre comercialização bens culturais de valor para humanidade e terrorismo tem despertado atenção dos países e também servido para ressaltar que a destruição do patrimônio cultural (em razão dos conflitos armados ou das ações de terroristas) ou seu desaparecimento (quando adquirido por colecionador particular) é um crime contra a humanidade.

Em setembro de 2015, a ONU lançou o projeto “Protegendo a Herança Cultural – Um Imperativo para a Humanidade”¹⁸, que é uma parceria entre a UNESCO, UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) e Interpol. Essa iniciativa, como noticiado no site da ONU, tem sido levada adiante de acordo com as deliberações da Assembleia Geral da ONU e do Conselho de Segurança.

Meses antes do lançamento do projeto “Protegendo a Herança Cultural – Um Imperativo para a Humanidade”, em fevereiro de 2015, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a resolução 2199/2015, estruturada sobre três eixos, um dos quais dedicado à condenar “a destruição do patrimônio iraquiano e sírio, cometida principalmente pelo EIIL e pela Frente al’Nusra, e exigir dos Estados-membros a tomada de medidas para impedir o comércio de bens culturais que foram retirados ilegalmente

18 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-e-interpol-se-unem-para-combater-destruicao-e-trafico-de-bens-culturais-por-terroristas/>>. Acesso em: 03.04.2017.

do Iraque desde agosto de 1990 e da Síria desde março de 2011”¹⁹. Como destacou Vicent Negri ao comentar essa resolução da ONU:

“A dupla filiação normativa dos parágrafos 15 a 17 da resolução 2199 – filiação da ação normativa da UNESCO no domínio da proteção do patrimônio cultural e as precedentes resoluções do Conselho de Segurança que visam à luta contra o terrorismo – operam uma inclusão da proteção internacional do patrimônio cultural no espaço normativo do Conselho de Segurança. No entanto, essa alteração de paradigma, substituindo uma norma imperativa unilateral por um direito internacional concertado, permanece limitada pelo perímetro de intervenção do Conselho de Segurança sob a égide do capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Essa conversão substancial do direito internacional do patrimônio cultural transfere ao Conselho de Segurança o interesse geral da humanidade na proteção e na salvaguarda do patrimônio cultural, até então matriz das normas patrimoniais da UNESCO e de seu domínio quase exclusivo. O Conselho de Segurança não intervém no plano abstrato e sim em um processo de qualificação em concreto de uma situação que ameaça a manutenção da paz e da segurança internacionais.

[...]

Ao prescrever que sejam tomadas medidas para impedir o comércio de bens culturais iraquianos e sírios, postulando uma interdição do comércio transnacional desses objetos e estipulando sua restituição, o Conselho de Segurança impõe a todos os Estados obrigações às quais não estariam previamente vinculados. Como um legislador internacional, o Conselho de Segurança, pelo poder normativo que ele exerce, impõe um modelo de conduta obrigatório no que tange a uma questão específica, sendo esta relacionada à pilhagem e ao tráfico ilícito de bens culturais, em conexão com o financiamento e desenvolvimento do terrorismo.

O escopo de tal obrigação pode ser questionado no que concerne às Convenções da UNESCO de 1954 e de 1970. Essas Convenções colocam um quadro geral, a primeira sobre a proteção de bens culturais em caso

19 NEGRI, Vicent. Estudo jurídico sobre a proteção do patrimônio cultural por meio das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas: O patrimônio cultural sob o prisma da resolução 2199 (2015) do Conselho de Segurança. 2015. p. 2. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Portuguese_Etude_negri_RES2199.pdf>. Acesso em: 03.04.2017.

de conflito armado e a segunda no que tange à prevenção da pilhagem e do tráfico ilícito de bens culturais, assim como sua restituição ao país de origem.”²⁰

O problema do tráfico ilícito de bens culturais afeta todos os continentes, com peculiaridades a partir da riqueza cultural de cada povo. Por isso, a importância da organização local ou regional, para combater esse crime e recuperar os bens culturais. No plano regional, os países sul-americanos têm se organizado para enfrentar esse problema. Como relatam Marcílio Toscano Franca Filho, Matheus Costa do Vale e Nathália Lins da Silva:

“Nos últimos meses de 2018, o Ministério da Cultura do Brasil decidiu dar início à construção da Política Nacional de Combate ao Tráfico Ilícito de Bens Culturais, um documento com diretrizes gerais, eixos de atuação e ações específicas sobre aquele importante tema, cujos enormes reflexos econômicos, jurídicos e sociais são inegáveis. Para além disso, não é nenhuma novidade que, ao lado do Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai também constituem pólos culturais destacados. Tanto assim, que, em 2018, a INTERPOL elegeu justamente Buenos Aires para sediar a primeira Conferência das Américas sobre Tráfico Ilícito de Bens Culturais. Nesse panorama, ganha especial relevo uma discussão aprofundada a respeito da *due diligence* no mercado de objetos artístico do Brasil e seus parceiros do MERCOSUL, todos eles importantes centros produtores e consumidores de bens culturais.”²¹

Enquanto uma normativa mais consistente e específica para combater o tráfico ilícito não é instituída no Brasil, o país, pelo instrumento do Banco de Dados de Bens Culturais Procurados, tem contribuído para o combate desse crime nos países sul-americanos, divulgando em sua página uma relação de bens furtados e roubados do Chile, Bolívia e Peru. Além dos países sul-americanos, traz também informações sobre bens roubados do Iraque, aderindo, ao que parece, ao projeto da ONU, de combate ao terrorismo via repressão ao crime de tráfico de bens culturais.

20 NEGRI, Vicent. Estudo jurídico sobre a proteção do patrimônio cultural por meio das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas: O patrimônio cultural sob o prisma da resolução 2199 (2015) do Conselho de Segurança. 2015. p. 8-10. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Portuguese_Etude_negri_RES2199.pdf>. Acesso em: 03.04.2017.

21 FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; DO VALE, Matheus Costa; DA SILVA, Nathália Lins. Mercado de Arte, Integridade e Due Diligence no Brasil e no MERCOSUL Cultural. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, v. 7, n. 14, p. 260-282, 2019. p. 262.

3 MECANISMOS DE COMPLIANCE PARA O MERCADO DE ARTES

O termo *compliance* pode ser compreendido a partir de duas perspectivas distintas, porém complementares: uma estritamente jurídica e outra operacional. Sobre o ponto de vista estritamente jurídico, *compliance* representa mecanismo de *enforcement* da legislação, que impõe aos regulados um modelo de responsabilização jurídica que se distancia dos requisitos da responsabilidade subjetiva, exigindo a implementação e funcionamento de estruturas (*officers*) capazes de garantir o cumprimento da lei (*compliance*).²² Ao passo que, sob o ponto de vista operacional, *compliance* (ou programa de *compliance*) é o sistema de políticas e controles internos, adotado pelas organizações, apto a impedir violações à lei e demonstrar às autoridades externas a aplicação e funcionamento de tais medidas.²³

Em relação ao mercado de obras de arte, verifica-se que a legislação estabelece regras relativas a políticas e controles internos que se orientam, sobretudo, pelas medidas de *compliance* de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo (PLD/FT). É o que se constata da redação do inc. XI do art. 9º da Lei nº 9.613/98, que estende às pessoas físicas ou jurídicas que comercializam objetos de arte e antiguidades obrigações legais, previstas nos arts. 10 e 11, relativas à: i) identificação de clientes, ii) manutenção de registros e iii) comunicação de operações suspeitas.

Como medida de *enforcement*, o art. 12, da mesma lei, prevê sanções administrativas e multas às pessoas físicas ou jurídicas, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações relativas ao *compliance* em PLD/FT. As sanções podem levar à inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de

22 SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Teorias do direito administrativo global e standards: desafios à estatalidade do direito. Fundação Getulio Vargas Escola de Direito de São Paulo. Dissertação de Mestrado. 2019. p. 37 e 119.

23 A decisão de 1963 da *Delaware Supreme Court* é ilustrativa do modelo de responsabilidade civil e criminal de empresas e seus diretores no contexto norte-americano adotado antes do *US Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), lei anticorrupção norte-americana aprovada em 1977 para punição de atos de suborno cometidos no exterior. A decisão de 1963 rejeitou a noção de que os diretores de uma empresa fossem responsáveis pela implementação de uma estrutura que garantisse o cumprimento da lei: “[A]bsent cause for suspicion there is no duty upon the directors to install and operate a corporate system of espionage to ferret out wrongdoing which they have no reason to suspect exists”. Ver: *Graham v. Al-lis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963). Com o FCPA em 1977, tem-se afirmado um modelo de responsabilização que se distancia dos requisitos da responsabilidade subjetiva (necessidade de demonstração de dolo ou culpa) e se aproxima da responsabilidade objetiva, ao exigir, para o seu afastamento, a adoção de um sistema de políticas e controles, por parte das organizações, apto a impedir violações à lei e demonstrar às autoridades externas a aplicação e funcionamento de tais medidas. Em suma, a adoção de políticas efetivas de *compliance*. VENTURINI, Otavio; CARVALHO, André Castro; MORELAND, Allen. Aspectos Gerais do U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). In CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. Manual de Compliance. Forense: São Paulo. 2019. p. 322.

administrador das pessoas jurídicas, bem como à cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

A Portaria nº 396 de 2016 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) trouxe a necessária parametrização dos procedimentos a serem observados especificamente pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de arte ou antiguidade de qualquer natureza.²⁴

Uma primeira é o cadastro dessas pessoas e manutenção das informações atualizadas no Cadastro Nacional de Negociantes de Obras de Arte e Antiguidades (CNART) do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional (IPHAN), cabendo ao Instituto disponibilizar a lista das pessoas encontram regularmente inscritas.

Com relação aos programas de *compliance*, os comerciantes de arte devem estabelecer e implementar, de modo compatível com o volume de operações e porte, procedimentos e controles internos destinados a: i) identificar os clientes e demais envolvidos nas operações que realizarem; ii) obter informações sobre o propósito e a natureza das relações de negócio; iii) identificar o beneficiário final das operações; iv) identificar as operações ou propostas de operações passíveis de comunicação; v) capacitar e treinar empregados; vi) verificar periodicamente a eficácia dos procedimentos e controles internos adotados; e vii) implementar Códigos de Conduta.

Ponto fulcral dos programas de *compliance* em PLD/FT são as conhecidas políticas de *know your customer* – (KYC) e processos de *customer due diligence* (CDD), destinados a impedir a transação com clientes que tenham suas atividades ligadas ao crime de lavagem de dinheiro.²⁵

24 As medidas de *compliance* devem ser observadas por pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de antiguidades ou obras de arte de qualquer natureza, de forma direta ou indireta, inclusive mediante recebimento ou cessão em consignação, importação ou exportação, posse em depósito, intermediação de compra ou venda, comércio eletrônico, leilão, feiras ou mercados informais, em caráter permanente ou eventual, de forma principal ou acessória, cumulativamente ou não.

25 Sobre a definição de *due diligence*, Marcílio Toscano Franca Filho, Matheus Costa do Vale e Nathália Lins da Silva ressaltam que: “o instituto da *due diligence*, diligência prévia ou devida diligência, faz parte de uma doutrina contemporânea presente em diversos modelos de ordem jurídica, que tem como finalidade a prevenção, a mitigação ou a diminuição dos riscos inseridos em questões empresariais, comerciais e financeiras, incorporando, nos últimos tempos, o intenso e tantas vezes opaco mundo do mercado de artes. A *due diligence* compreende, enfim, o conjunto de procedimentos sistematizados que objetivam levantar e checar informações relevantes antes da conclusão de qualquer negócio jurídico. Em termos didáticos, a *due diligence* conecta-se aos conceitos de precauções, cuidados, investigações, cautelas ou auditorias prévias à realização de um dado negócio jurídico, opondo-se assim às noções mais amplas de negligência, descuido e desinformação e cuja ausência pode repercutir sobre a responsabilidade civil, a obrigação de indenizar, a anulação de um negócio jurídico e até mesmo a consequências penais.”FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; DO VALE, Matheus Costa; DA SILVA, Nathália Lins. Mercado de Arte, Integridade e Due Diligence no Brasil e no MERCOSUL Cultural. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, v. 7, n. 14, p. 260-282, 2019. p. 262.

Os processos de CDD apuram informações sobre as atividades do cliente, a origem de seus recursos e a finalidade das operações por eles realizadas. Dentre os fatores de risco que devem orientar esses processos de *due diligence*, destacam-se: segmento comercial, natureza da atividade ou profissão do cliente; localização geográfica onde mora ou exerce sua atividade; se se trata de pessoa exposta politicamente (PEP); qual a sua fonte e natureza dos recursos; e produtos ou serviços a serem adquiridos.²⁶

Os já citados autores Márcilio Franca Filho, Matheus do Vale e Nathálya Lins²⁷ destacam a importância dos atores privados do mercado das artes no combate aos crimes que utilizam obras artísticas. Entendem que atualmente há uma tendência de “valorização transfronteiriça da *due diligence*”; apontando que a mudança mais importante neste instituto ocorreu com a liderança da discussão por atores privados, “quando diversos entes não governamentais tomaram para si o protagonismo neste âmbito, e sobretudo através do *soft law*”.

A portaria nº 396/2016 do IPHAN traz regras específicas para registro de operações e cadastro de clientes. As operações de valor igual ou superior a R\$10.000,00 (dez mil reais) deverão ser mantidas em registro, bem como em arquivo próprio deverá ser mantido o cadastro dos clientes e dos demais envolvidos nessas operações.

Sobre as comunicações ao COAF, há obrigação de comunicar, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração, qualquer operação ou conjunto de operações de um mesmo cliente que envolva o pagamento ou recebimento, em espécie, de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou o equivalente em outra moeda.

Nos demais casos, as pessoas obrigadas deverão considerar em cada em caso indícios da prática de lavagem de dinheiro. São exemplos de fatores de risco: i) repetidas operações em valor próximo ao limite mínimo estabelecido para registro; ii) operação em que o proponente não se disponha a cumprir as exigências cadastrais ou tente induzir os responsáveis pelo cadastramento a não manter em arquivo registros que possam reconstituir a operação pactuada; iii) operações com pessoas sem tradição no mercado movimentando elevadas quantias na compra e venda de bens; iv) operação em que o proponente não aparente possuir condições financeiras para sua concretização (“laranja”, “testa de ferro”), dentre outros.

26 RIZZO, Maria Balbina Martins de; ROSA, Ludmila Volochen da. Prevenção da Lavagem de Dinheiro e do Financiamento do Terrorismo (PLD-FT). In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. Manual de Compliance. São Paulo: Forense. 2ª ed. 2020. p. 385-389.

27 FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; DO VALE, Matheus Costa; DA SILVA, Nathálya Lins. Mercado de Arte, Integridade e Due Diligence no Brasil e no MERCOSUL Cultural, ob. Cit, p.266

Em complemento, o IPHAN editou ainda a Portaria 80 de 2017, que estabelece as infrações administrativas e consequentes penalidades em razão do descumprimento pelas pessoas obrigadas das regras de *compliance* estabelecidas pela mencionada Portaria 396/2016. Trata-se de responsabilização administrativa, mediante imposição de multas de R\$ 2 mil à R\$ 10 mil, como mais uma medida para incentivar a aderência às obrigações de *compliance* por comerciantes e leiloeiros de antiguidades e obras de arte.

As obrigações legais previstas na Lei nº 9.613/98 e especificadas nos regulamentos do IPHAN convergem para definição de regras de *compliance* com foco preventivo em relação aos delitos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo no mercado de artes. Para além dos processos rotineiros de *customer due diligence* (CDD), registro de operações e cadastros de cliente e comunicações ao COAF, os programas de *compliance*, por meio de treinamentos, ações de comunicação e monitoramento devem engajar a alta direção e consolidar a cultura organizacional de prevenção desses ilícitos.

4 DESTINAÇÃO DAS OBRAS DE ARTE APREENDIDAS EM PROCESSOS PENAIS QUE VERSEM SOBRE LAVAGEM DE DINHEIRO

A destinação das obras de arte e dos bens culturais apreendidos em operações policiais, e que constam como produto do crime nos processos penais, é tema pouco estudado sob a perspectiva da coletividade, de acesso amplo aos bens que permitem a fruição dos direitos culturais pela comunidade.

É possível que essa desatenção aconteça pelo enfoque estritamente penal que há na prevenção e repressão aos crimes de lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros; ou mesmo em razão das especificidades que permeiam o mercado de obras de arte e outros bens culturais móveis, com relações tendentes a tratar esses objetos como *commodities* que, ao lado de joias, ouro, diamantes, são ativos financeiros de fácil transação.

No entanto, o acesso coletivo às obras de arte pode ser uma forma de reparação coletiva do crime, além de expressar o exercício das liberdades culturais. O Estado brasileiro, da mesma forma que tem obrigações perante a comunidade internacional de combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, tem também obrigações de proteção dos direitos culturais e de respeito aos pilares essenciais de direitos humanos.

As diretivas internacionais indicam a importância da liberdade de expressão cultural. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da

Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1986) estabelecem teor semelhante para o direito de liberdade de pensamento e de expressão, direito “que compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideais de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha” e para o direito cultural de todo ser humano de “direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de desfrutar das artes e de participar do processo científico e de seus benefícios” e também “à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

A destinação das obras de arte apreendidas em processos penais que versem sobre lavagem de dinheiro encontra amparo nas previsões da Lei nº 9.613/98 e do Código de Processo Penal, com as alterações feitas pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como lei Anticrime.

A destinação final pode ser gratuita, para Estados ou União, ou por alienação. Pelas características das obras de artes, quando apreendidas em operações policiais, estas devem ser destinadas temporária ou definitivamente a entidades que possam abrigar as peças em condições adequadas e com segurança, como galerias, centros culturais e museus, especialmente estes últimos. O art. 5º e 6º da Lei nº 9.613/98 trazem essa possibilidade. Enquanto a ação penal tramita, a opção pela guarda por uma entidade da área cultural confere maior segurança às obras de arte, já que a alternativa é que fiquem em um depósito judicial:

Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas asseguratórias, mediante termo de compromisso.

Art. 6º A pessoa responsável pela administração dos bens:

I - fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração;

II - prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados.

Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens apreendidos ou sequestrados serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.

A recente lei “Anticrime”, Lei nº 13.964/2019, alterou o Código de Processo Penal (CPP) para que, no caso de decretação de perdimento, as obras de arte ou outros bens de relevante valor cultural ou artístico sejam “destinadas a museus públicos, se os crimes não tiverem vítima determinada” (Art. 124-A).

Ainda sob a perspectiva da destinação das obras de arte e outros bens culturais, outra alteração importante trazida pela lei Anticrime foi a do artigo 133-A, caput e § 2º e § 4º do CPP:

Art. 133-A. O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

(...)

§ 2º Fora das hipóteses anteriores, demonstrado o interesse público, o juiz poderá autorizar o uso do bem pelos demais órgãos públicos (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)

(...)

§ 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória com a decretação de perdimento dos bens, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público beneficiário ao qual foi custodiado o bem.

A leitura conjunta dos artigos 124-A e 133-A traz importante suporte à destinação definitiva das obras de arte e outros bens culturais para órgãos públicos e também para entidades que realizam exposições culturais, especialmente os museus, mencionados expressamente do art. 124-A.

Apesar do aporte legislativo, ainda não há muitas decisões judiciais em processo penal que discutam a destinação das obras de arte. No entanto, é possível imaginar que a tendência seja no sentido de que os operadores do Direito considerem, como primeira opção, a destinação desses bens para

leilão, com a finalidade de apuração monetária. Isso porque, as peculiaridades do processo penal e o modo de adoção de medidas repressivas e preventivas às práticas criminosas dialogam bem com a aferição financeira dos danos. Assim, a venda dos produtos adquiridos por práticas criminosas, para angariar recursos, constitui-se uma resposta jurisdicional justa e objetiva.

No entanto, embora a prestação jurisdicional com decisões nesse sentido traga um resultado prático satisfatório e aceitável, pode ser que não alcance o ideal de justiça almejado. Assim, no caso da destinação de obras de arte, a decisão precisa também considerar o direito cultural como direito humano e os benefícios da fruição coletivo dos bens culturais desvirtuados de sua função intrínseca, que é bem diversa da que foram usados (como instrumento para práticas delituosas).

No mais, ao deixar de lançar luzes para os traços característicos das obras de arte, há perigo da decisão judicial desprezar (ou deixar de aproveitar) o poder reparador da arte, poder este que tem sido prestigiado nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em condenações para que os países ergam monumentos ou centros culturais para lembrar fatos cruéis, como forma de reparação simbólica das vítimas, dentro das medidas de garantia de não repetição.

No Brasil, ainda temos muito o que avançar nessa temática. O caso criminal com maior volume de apreensão de obras de arte foi o da operação Laja-Jato. E nesse exemplo, chama atenção o fato de que quase todas as exposições das obras de arte apreendidas nos processos da Lava-Jato, que tramitam na Vara Federal em Curitiba, serem feitas no Museu Oscar Niemeyer. A “internalização” em Curitiba de obras de arte retiradas dos investigados ou réus leva ao seguinte questionamento: se as operações policiais de busca e apreensão dessas peças são feitas em diversas partes do País e até no âmbito internacional, porque não permitir a distribuição desse acervo pelos museus de todo território nacional, possibilitando assim o amplo acesso do público?

Assim, a distribuição provisória ou definitiva de obras de arte apreendidas em processos criminais com repercussão nacional, por diversos museus, centros culturais e galerias, permite uma reflexão mais ampla, qual seja: Os recursos financeiros decorrentes de decisões judiciais não poderiam ser destinados ao custeio de exposições culturais Brasil afora, com a apresentação das obras de arte apreendidas, integrantes provisória ou definitivamente a acervos de órgãos públicos, museus, centros culturais ou galerias?

Essas perguntas ainda não têm respostas, mas precisam entrar no radar dos operadores do Direito, especialmente dos que lidam com a persecução criminal e com a prevenção e combate de crimes de lavagem de dinheiro e outros delitos financeiros praticados por organizações criminosas.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, *Pierpaolo Cruz*. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CESCHI, Geraldina. Il ruolo della criminalità organizzata nel traffico illecito di opere d'arte. *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, v. 5, n. 3, 2019.

FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; DO VALE, Matheus Costa; DA SILVA, Nathália Lins. Mercado de Arte, Integridade e Due Diligence no Brasil e no MERCOSUL Cultural. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 7, n. 14, p. 260-282, 2019.

MACHADO, Diogo de Oliveira. Expressões artísticas do crime: lavagem de dinheiro no mercado de arte. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Cooperação em Pauta*. nº 36 - Fevereiro de 2018.

MACHADO, Maíra Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no Brasil.. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (Org.). *Impasses a aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225-249.

MPF, PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ FORÇA-TAREFA LAVA JATO, peça judicial classe: Pedido de Busca e Apreensão Criminal, p. 68 e 69. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1_INIC1.pdf>. Acesso em: 01.06.2020.

MPF, PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ FORÇA-TAREFA LAVA JATO, peça judicial classe: Pedido de Busca e Apreensão Criminal, p.68 e 69. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1_INIC1.pdf>. Acesso em: 01.06.2020.

NEGRI, Vicent. Estudo jurídico sobre a proteção do patrimônio cultural por meio das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas: O patrimônio cultural sob o prisma da resolução 2199 (2015) do Conselho de Segurança. 2015. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Portuguese_Etude_negri_RES2199.pdf>. Acesso em: 03.04.2017.

RIZZO, Maria Balbina Martins de; ROSA, Ludmila Volochen da. Prevenção da Lavagem de Dinheiro e do Financiamento do Terrorismo (PLD-FT). In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. 2. ed. São Paulo: Forense. 2020.

SOARES, Inês Virginia P, FRANCA FILHO, Marcílio Toscana. *Galeria não é lavanderia: alguns cuidados ao comprar ou vender obras de arte*, 01/10/2019, Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/galeria-nao-e-lavanderia-alguns-cuidados-ao-comprar-ou-vender-obras-de-arte-01102019>>. Acesso em: 01.06.2020

SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. *Teorias do direito administrativo global e standards: desafios à estatalidade do direito*. Fundação Getulio Vargas Escola de Direito de São Paulo. Dissertação de Mestrado. 2019.

VENTURINI, Otavio; CARVALHO, André Castro; MORELAND, Allen. Aspectos Gerais do U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). In CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Forense: São Paulo. 2019.

OUVCON: O CANAL DE OUVIDORIA DA DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FERRAMENTA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DE INTEGRIDADE

*OUVCON: THE CONSUMER PROTECTION OMBUDSMAN
CHANNEL AS A TOOL FOR SOCIAL PARTICIPATION AND
INTEGRITY*

Luciano Benetti Timm

Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor convidado da AJURIS e da EMAGIS, e professor visitante do PPGD da USP. Secretário Nacional do Consumidor Ministério da Justiça e Segurança Pública. Prof. Dr. da FGVSP e UNISINOS/RS.

Ronaldo Vieira Bento

*Mestrando em Direito pelo IDP.
Ouvidor-Geral do Ministério da Justiça e Segurança Pública.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Integridade Pública; 2 Participação Social; 3 Ouvcon Como Ferramenta de Integridade e de Participação; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar o conceito de participação dos consumidores na gestão da defesa de seus interesses e de integridade pública, demonstrando a importância das ouvidorias públicas na construção de uma democracia participativa, entendendo o OUVCON como importante ferramenta de diálogo com consumidores e de integridade pública.

PALAVRAS-CHAVE: Ouvidoria Pública. Combate à Corrupção. Participação Social. CGU. OUVCON. Integridade Pública.

ABSTRACT: This study seeks to analyze the concept of consumer participation and integrity, demonstrating the importance of public ombudsmen in the construction of a participatory democracy, understanding OUVCON as an important tool of consumer participation and governmental integrity.

KEYWORDS: Public Ombudsman. Fight Against Corruption. Consumers Participation. CGU. OUVCON. Governmental Integrity.

INTRODUÇÃO

Em obra famosa sobre desenvolvimento, o economista Acemoglu e o cientista político Robbins iniciam seu texto falando de movimentos sociais como a “primavera árabe” que destituiu ditadores de países árabes, cujo objetivo era demanda por participação social na gestão pública, fim da corrupção e serviços públicos de qualidade (leia-se, eficiência).¹ Essa mesma exigência apareceu nas ruas do Brasil em 2013 em razão das revelações iniciais da “Operação Lava Jato” e dos custos da copa do mundo organizada pelo país.²

Nessa esteira, é cada vez mais notório o clamor social por um Estado Democrático que atue de forma participativa e íntegra; que seja participativo, ouvindo os anseios sociais, gerindo os recursos públicos de forma a devolver ao cidadão uma prestação de serviços públicos à altura dos vultuosos impostos que são anualmente angariados, sem espaço a corrupção. Também é corrente na população a cobrança por eficiência de resultados.

O conceito de eficiência na administração pública é pouco estudado pela dogmática administrativista no Brasil, fruto da sua resistência em trabalhar com conceitos interdisciplinares como aqueles derivados da Ciência Econômica. Eficiência nada mais é do que a melhor alocação possível de um recurso; vale dizer, quando não há desperdício. Ora, um governo que não tem *accountability* social, nem controla corrupção, dificilmente será eficiente.³

É nesse contexto, por vezes de tensão, que a figura das Ouvidorias Públicas tem ganhado cada vez mais força, notoriedade e relevância na busca da construção de um Estado eficiente, que não se furta aos anseios sociais, na constante luta pelo aprimoramento de seus serviços.

Nesse sentido, verifica-se um forte crescimento que não se limita, tão somente, aos números de ouvidorias que, dia após dia, são inaugurados nos diversos setores da sociedade, mas, igualmente, na qualidade dos serviços e na interação com os cidadãos usuários de tais ferramenta. Esse processo de ampliação dos espaços de participação fez com que hoje haja ouvidorias públicas nos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo se consolidado como uma instância de controle e participação social, destinada ao aprimoramento da gestão pública.

1 ACEMOGLU, D; RO%BINSON, JA. *Por que nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

2 AZEVEDO, Guilherme. Não foi Lula que se desviou, foi o poder que o mudou, diz o sociólogo José de Souza Martins. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/02/10/foi-o-poder-que-desviou-lula-diz-o-sociologo-jose-de-souza-martins.htm>.

3 COOTER & SCHAEFER. *O nó de Salomão: como o Direito pode erradicar a pobreza das nações*. São Paulo: CRV, 2017.

Atualmente o Poder Executivo federal conta com mais de 300 ouvidorias, espalhadas pelos diversos órgãos e entidades e tratando de diversos temas, integrantes do sistema de ouvidorias do poder executivo federal.

Pois bem, não há como se falar em um governo que atue de modo a elidir seu maior câncer social, a corrupção, sem que a integridade pública esteja protagonizada e intrínseca ao próprio espírito dos atores públicos.

Deste modo, nos termos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, a integridade é uma pedra fundamental da boa governança, uma condição para que todas as outras atividades do governo não só tenham confiança e legitimidade, mas também que sejam eficientes.

Neste diapasão, é inegável que a instituição do Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (OUVCON), por meio da publicação do Decreto N° 10.051, de 9 de outubro de 2019, materializou importante avanço no tema figurando como ferramenta fundamental na busca pela participação e pela integridade pública.

Posto isto, o presente estudo objetiva evidenciar como o OUVCON possui forte projeção nesta árdua luta na transformação de um estado que atue de maneira íntegra principalmente na proteção e no exercício das garantias inerentes ao exercício de uma democracia participativa, proposta desde a promulgação da Carta Maior de 1988. E que pela primeira vez se abre para escutar o consumidor a respeito dos serviços prestados pelos órgãos de defesa do consumidor.

A bem da verdade, dentre os órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os procons e a própria Senacon eram os mais tímidos na criação de ouvidorias, dado que ministério público e defensoria pública já haviam criado seus canais. Atualmente, há mais de 900 procons espalhados pelo território brasileiro, todos trabalhando, dentro de sua esfera de competência, com autonomia. Fato que traz desafios de participação social e de integridade, além dos desafios inerentes à coordenação do próprio SNDC pelo órgão federal.

Assim, após observar tais considerações iniciais, necessário se faz que haja uma sucinta explanação acerca do que vem a ser o conceito de integridade, principalmente aplicável ao âmbito público, para, somente após, elucidar a força do OUVCON neste processo de lapidação dos serviços públicos por meio dos canais de ouvidoria.

1 INTEGRIDADE PÚBLICA

Inicialmente, cumpre informar que a integridade pública se refere ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público.

Portanto, a conceituação da integridade pública se faz necessária exatamente para que os administradores da *res* pública jamais desenvolvam políticas públicas ou atuem de modo a sublimar os interesses da sociedade (participação, integridade e eficiência) em detrimento do favorecimento parcial e individual; já sabemos que a consequência da falta de ferramentas de controle de integridade, entre outros, é a corrupção.⁴

Assim sendo, para entender melhor a conceituação do tema em destaque, a CGU define a integridade como requisito das agências públicas ou corporativas que atuam em consonância com os princípios e normas que orientam a sua gestão. Desta forma, a promoção de uma política de integridade pública é uma medida necessária para o fomento da confiabilidade social no Estado e em suas instituições. A manutenção de um forte grau de integridade pública em conjunto com o desenvolvimento da cultura organizacional, fundamentada nos mais altos padrões e valores de condutas, é uma política fundamental para o desenvolvimento de todo o Estado.⁵

De igual modo, objetivando-se demonstrar a fundamental importância do tema, a pensadora S. Uman desenvolveu em seu estudo a sintetização dos cinco principais princípios a valores públicos, propondo uma pirâmide que os elenca em nível hierárquico, vejamos:



Fonte: Adaptado de Ulman (2015)⁶.

Conforme depreende-se da imagem trazida acima, a autora elenca em seus estudos a integridade pública como pilar dos demais princípios

4 ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, consequences and reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.

5 Controladoria-Geral da União. *Manual para implementação de programas de integridade*. Brasília: CGU, 2017a.

6 ULMAN, S. Approaches to Public Integrity. *CES Working Papers*, n. 2, p. 340-356, 2015.

públicos, tornando-se evidente que, apesar da suma importância que os demais princípios possuem, pode-se entender que a integridade ocuparia o pico entre eles.

Outrossim, segue a supracitada autora aclarando que o princípio da legalidade é valor basilar e norteador para o operador público que tem o dever de agir sempre nos limites legais previamente impostos. Igualmente, a transparência garante que a atividade pública seja fiscalizada e controlada pela sociedade, facultando que o cidadão possa ter acesso a documentos públicos bem como a informações de interesse coletivo. No caso da imparcialidade, temos que se trata de expressa vedação ao tratamento desigual e parcial entre pessoas que se encontrem em condições análogas. A responsabilidade, no meio público, traz o dever de da tomada de ações conscientes, seguindo à risca as normas reguladoras de sua atividade podendo responder por eventuais desvios perante a sociedade e os demais órgãos competentes.⁷

Neste mesmo sentido, vale observar, também, o conceito de integridade pública trazido pela Controladoria Geral da União, que a define como “o conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípua: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente”.⁸

Igualmente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, define que a integridade é uma pedra fundamental da boa governança, uma condição para que todas as outras atividades do governo não só tenham confiança e legitimidade, mas também que sejam efetivas.

Para esta mesma OCDE, uma gestão íntegra se materializa com a realização de medidas que reforcem a aplicação da integridade de forma a prevenir a corrupção e demais violações ocorridas no bojo de uma organização, visando não somente prevenir atos corruptos bem como incentivar a que os atores públicos se valham de decisões que respeitem a ética pública em suas atuações rotineiras.⁹

Ademais, a OCDE desenvolveu um quadro acerca da gestão da integridade alicerçado em três bases fundamentais: Instrumentos, Processo e Estruturas. Vejamos abaixo:

7 ULMAN, S. Approaches to Public Integrity. *CES Working Papers*, n. 2, p. 340-356, 2015.

8 BRASIL. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jun. 1994. Seção 1, p. 01.

9 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Principles for integrity in public procurement*. OCDE, 2009.

	INSTRUMENTOS	PROCESSOS	ESTRUTURAS
Principais	Códigos, regras, orientação, treinamento e aconselhamento sobre integridade, divulgação de conflitos de interesse, etc.	Processo global contínuo de desenvolvimento da integridade, processos de desenvolvimento contínuo de instrumentos individuais, projetos pontuais de introdução ou alteração de instrumentos, etc.	Atores, gestão.
Complementares	Integridade como critério de seleção e promoção de pessoal, aspectos de integridade dos procedimentos de adjudicação de contratos e gestão de contratos, incluindo a integridade na ferramenta de avaliação da qualidade, etc.	Processos de gestão de pessoal, contratação e gestão de contratos, gestão financeira, etc.	Gestão de pessoal, gestão de contratos, gestão financeira, etc.

FONTE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2009).

Conforme denota-se do referido quadro, primeiro tem-se os instrumentos hábeis a coibir atos de corrupção e as demais violações à integridade. Deste modo, apesar da relevância de tais instrumentos, estes somente resultarão em eficácia caso sejam envolvidos por processos e estruturas, consistindo, respectivamente, no planejamento e implementação deste bem como da organização da gestão da integridade daquele.¹⁰

Neste sentido, trilha também a orientação da ONU acerca da gestão de riscos a fim da obtenção do fortalecimento da integridade pública. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção definiu que um de seus objetivos é “promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos”, sendo que, com certa frequência edita normativos periódicos com recomendações e alertas dos danos oriundos da corrupção no âmbito da administração pública.¹¹

10 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Principles for integrity in public procurement*. OCDE, 2009.

11 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. UNODC, 2004.

Finalmente, digno de nota a experiência de integridade do Ministério da Justiça e Segurança Pública durante o ano de 2019 com a campanha “faça a coisa certa sempre”. Aqui podemos explicar em um parágrafo a ouvidoria geral e alguns dados interessantes. A Ouvidoria-Geral do Ministério da Justiça e Segurança Pública, órgão integrante do Sistema de Ouvidorias do Poder Executivo Federal, tem como competência a interlocução entre o cidadão e o Ministério.

É responsável por receber, registrar, analisar, responder, encaminhar e monitorar reclamações, solicitações de providências, elogios, sugestões e denúncias. Ainda, recebe e trata as demandas de desburocratização registradas no Simplifique! Atua na busca de soluções eficazes para as demandas apresentadas pela sociedade e tem como prioridades preservar os direitos dos usuários dos Serviços Públicos e os litígios contra a Administração Pública. Além de promover a transparência pública, o acesso à informação pública e a abertura de dados;

Em razão da breve explanação acerca da integridade pública, é notório que se trata de um tema de extrema relevância, objeto de estudo de doutrinadores e organismos internacionais, pois, notadamente, se trata de princípio basilar na árdua luta contra a corrupção bem como na construção de um Estado forte, justo e democrático.

2 PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Outro ponto fundamental em um estado democrático e eficiente é a participação social. Com efeito, a democracia não se esgota no voto durante a eleição, mas da efetiva e diária participação na definição das políticas públicas e do seu controle pela sociedade. Se antigamente a participação se dava em praças públicas com poucos detentores de direitos políticos, atualmente ela decorre de amplas formas de atuação social potencializadas pelas ferramentas da internet.

Com uma gestão focada no aumento da participação social nos processos decisórios e no avanço da transparência, a Ouvidoria-Geral do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) obteve, em 2019, um incremento de aproximadamente 192,45% na participação de ouvidoria. No ano, foram recebidas e analisadas 9.335 manifestações, enquanto, em 2018, cerca de 3.192 registros foram atendidos.

A maior parte das manifestações de Ouvidoria recebidas em 2019 foram solicitação de informação (1.853), reclamação (1.346) e denúncias (1.152). As demandas exigem tratamento técnico específico de análise e apuração. Do total de denúncias recebidas pela Ouvidoria-Geral no ano passado, 839 (72,83%) casos foram encaminhados aos órgãos de competência

para investigação. Os demais, cerca de 313 registros, foram arquivados por falta de indícios de materialidade e veracidade do fato.

Lei de Acesso à Informação também deve ser lembrada porque viabiliza uma participação social informada, com os dados trazidos pela própria administração pública.

Uma democracia naturalmente pressupõe um debate público, em que todos tenham voz e também escutem os outros, todos protegidos pelo direito constitucional da liberdade de expressão, sem poder ser perseguidos por isso.

Nesse sentido, as ouvidorias preenchem bem o papel de ouvir o cidadão e permitir a sua participação na gestão pública.

3 OUVCON COMO FERRAMENTA DE INTEGRIDADE E DE PARTICIPAÇÃO

Entendendo-se, pois, a fundamental importância da integridade público, impera demonstrar como o Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (OUVCON), recentemente instituído por meio do Decreto Nº 10.051, de 9 de outubro de 2019, figura como ferramenta fundamental na busca pela efetivação e materialização da integridade no âmbito público e de participação social. Finalmente o consumidor, aqueles que muitos dizem proteger e tratado como “hipossuficiente”, será ouvido.

A ouvidoria pública, atualmente, possui extrema importância como instrumento de *compliance* e *accountability* na busca de uma democracia participativa que colabore com o aprimoramento dos serviços públicos.

Ocorre que, tratando-se do direito consumerista, bem como da própria proteção ao consumidor enquanto titular de tais direitos, é sabido que, no Brasil, a instituição de ouvidorias hábeis a atuar nesta seara ainda é muito incipiente, com pouca cultura e legislação que legitime uma eficaz evolução no tema.

É neste sentido que o Decreto Nº 10.051 é editado, na esteira do programa do MJSP anteriormente citado, objetiva fomentar que órgãos de defesa do consumidor (particularmente aqueles integrantes do poder executivo federal, estadual e municipal) desenvolvam políticas de participação e de integridade voltadas para sua própria atuação enquanto instituição de proteção ao cidadão.

Urge, portanto, observar a relevância da própria competência do Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, prevista no art. 5º do Decreto 10.051/19, vejamos¹²:

12 BRASIL. Decreto nº 10.051, de 9 de outubro de 2019. Institui o Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10051.htm>. Acesso em: 25 abril 2020.

Art. 5º Compete ao Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor:

I - propor diretrizes para o controle social das atividades de proteção e defesa do consumidor;

II - estimular a criação de ouvidorias, dotadas de autonomia e independência no exercício de suas competências, junto aos órgãos e às entidades de proteção e defesa do consumidor integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

III - estabelecer metas e diretrizes com vistas ao aperfeiçoamento e ao fortalecimento das ouvidorias dos órgãos e das entidades de proteção e defesa do consumidor integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - promover o intercâmbio de experiências funcionais e administrativas e de informações sobre métodos e registros, trâmites e levantamentos estatísticos das manifestações recebidas pelas ouvidorias dos órgãos e das entidades de proteção e defesa do consumidor integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

V - elaborar relatórios sobre a atuação das ouvidorias dos órgãos e das entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com o objetivo de uniformizar os dados quantitativos e qualitativos obtidos, a fim de subsidiar ações de fomento às políticas de proteção e defesa do consumidor em âmbito federal, estadual, distrital e municipal;

VI - propor ações destinadas ao aperfeiçoamento institucional dos órgãos e das entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor quanto à controle social das atividades de proteção e defesa do consumidor;

VII - realizar e tramitar manifestações de ouvidoria entre os integrantes do Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

VIII - - propor a criação de instrumentos para aprimorar a fiscalização e o acompanhamento de práticas de atos ilegais ou arbitrários cometidos por operadores de proteção e defesa do consumidor;

IX - acompanhar a tramitação de propostas normativas relativas à sua área de atuação;

X - recomendar aos órgãos e às entidades que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a elaboração de estudos e pesquisas, além de incentivá-los a promover campanhas e dar publicidade aos seus resultados;

XI - recomendar, incentivar e promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo das atribuições de outros órgãos competentes;

XII - articular-se com organizações locais, regionais, nacionais e internacionais;

XIII - escolher, dentre seus membros titulares, representantes para atuar nas instâncias para as quais for convocado; e

XIV - elaborar plano estratégico a cada dois anos.

Da atenta análise do referido artigo supracitado, denota-se que o OUVCON representa enorme avanço no tema de ouvidorias públicas que atuem no âmbito do direito consumerista, principalmente ao passo que objetiva forte integração e participação de importantes representantes da pauta no Estado, auxiliando no papel de organização do SNDC.

De igual forma, verifica-se que o OUVCON possui o dever de propor diretrizes ao controle da atividade protecionista da defesa do consumidor, estabelecendo metas e diretrizes que aperfeiçoem o fortalecimento de órgãos e ouvidorias no tema, coibindo atos e ilegais e arbitrários que venham a ser cometidos por operadores da proteção da defesa do consumidor.

Portanto, pode-se depreender que a projeção deste Colégio é vasta, principalmente em vista de tratar-se de tema extremamente recente que possui uma tarefa importantíssima na busca de efetivar o alcance da integridade no serviço público.

Outrossim, a missão de promover o aprimoramento da uniformização dos dados quantitativos e qualitativos acerca da atuação das ouvidorias e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor tem papel fundamental na subsidiação de ações de fomento às políticas de proteção da defesa do consumidor no âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Ademais, a incumbência de elaboração de plano estratégico bienal que promova medidas de articulação com organizações locais, nacionais e internacionais, demonstra, cabalmente, que o alcance de sua atuação não se limita ao território Brasileiro, objetivando um avanço no tema como nunca se possibilitou antes pensando-se na ouvidoria pública em defesa do direito do consumidor.

Atualmente, integram o OUVCON: ÓRGÃOS E ENTIDADES INTEGRANTES.

PREVISÃO LEGAL (Decreto 10.051/2019)	PREVISÃO REGIMENTAL	COMPOSIÇÃO	ORDEM	SIGLA
Art. 3º, I	Art. 3º, I	Ouvidor-Geral do MJSP, que o presidirá	1	OUVG/MJSP
Art. 3º, II	Art. 3º, II	um representante da Secretaria Nacional do Consumidor do MJSP	2	SENACON/MJSP
Art. 3º, § 1º, II	Art. 3º, III	um representante do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor	3	DPDC/ SENACON/ MJSP
Art. 3º, § 1º, I	Art. 3º, IV	um representante de unidades do Sistema Integrado de Defesa do Consumidor de cada Estado e do Distrito Federal que aderir à Rede Nacional de Ouvidorias do Consumidor – RENACON	4.1	REGIÃO NORTE
			4.1.1	AC
			4.1.2	AM
			4.1.3	AP
			4.1.4	PA
			4.1.5	RO
			4.1.6	RR
			4.1.7	TO
			4.2	REGIÃO NORDESTE
			4.2.1	AL
			4.2.2	BA
			4.2.3	CE
			4.2.4	MA
			4.2.5	PB
			4.2.6	PE
			4.2.7	PI
			4.2.8	RN
			4.2.9	SE
			4.3	REGIÃO SUDESTE
			4.3.1	ES
			4.3.2	MG
			4.3.3	RJ
			4.3.4	SP
			4.4	REGIÃO SUL
			4.4.1	PR
			4.4.2	RS
			4.4.3	SC
			4.5	REGIÃO CENTRO-OESTE
			4.5.1	DF
			4.5.2	GO
			4.5.3	MS
			4.5.4	MT

Art. 3º, § 1º, II	Art. 3º, V	cinco representantes de unidades municipais do Sistema Integrado de Defesa do Consumidor que aderirem à RENACON, sendo um representante de cada Região geográfica do país	5.1	NORTE
			5.2	NORDESTE
			5.3	SUDESTE
			5.4	SUL
			5.5	CENTRO-OESTE
Art. 3º, § 1º, III	Art. 3º, VI	um representante de entidades civis de defesa do consumidor	6	FNECDC
Art. 3º, § 1º, II	Art. 3º, VII	um representante do Ministério Público	7	CNMP
Art. 3º, § 1º, II	Art. 3º, VIII	um representante da Defensoria Pública	8	DPU
Art. 3º, § 1º, III	Art. 7º, § 4º	um representante de entidades privadas de proteção e defesa do consumidor	9	ABO/DF

FONTE: Decreto nº 10.051/19 (2019).

Com isto, pode-se perceber que o Decreto em voga, que aqui se estuda, muito contribuiu com o crescimento e avanço que, até sua promulgação, ainda possuía tímida legislação e efetivação no setor público. Contudo será a experiência futura de dirá sobre o seu sucesso, sabendo que infelizmente no Brasil o gestor público, especialmente em nível municipal e estadual, fruto de uma cultura pouco institucionalizada de tratar o espaço público como privado (cheio de espaços para o “jeitinho”), não está habituado ao escrutínio popular pelos seus atos, sendo a atuação pública normalmente vista como exercício de um poder, a qual cabe subordinação.¹³

4 CONCLUSÃO

Com a breve exposição trazida, pode-se concluir, inicialmente, que os canais de ouvidoria, em sentido macro, figuram como ferramenta primordial na interlocução com o cidadão, buscando, com eficácia, materializar o âmago da Carta Democrática de 1988 que é a democracia por meio da participação do povo. Não há como se falar em um estado democrático sem ferramentas e canais de diálogo com a sociedade.

13 FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012, 5. ed.; DAMATTA, Roberto. *A Casa & a Rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Rocco, 1997

Entrementes, é fundamental entender como a integridade pública torna-se princípio protagonista na busca do combate à corrupção, visando a constituição de um Estado democrático imparcial, que atue de modo a satisfazer e efetivar os direitos e anseios sociais de forma justa. Figura, pois, como conceito inerente ao espírito que deveria estar intrínseco na atividade dos atores públicos, que devem agir de forma a respeitar a ética e a moral.

Assim sendo, vale analisar a importante instituição do OUVCON, que representou verdadeira conquista no âmbito da evolução legislativa tratando-se de ouvidorias públicas que tratassem das demandas oriundas da defesa do consumidor. Finalmente o consumidor, tratado como “vulnerável e hipossuficiente”, o contribuinte que sustenta os serviços de todos os órgãos que integram o SNDC, passa a ter voz.

Desta forma, apesar de tratar-se de tema recentíssimo, com projeções inimagináveis, é notório, pela simples observância da competência do Colégio prevista no referido Decreto, que estamos diante de uma enorme ferramenta na materialização da integridade pública.

O presente estudo objetiva, por fim, além de elucidar, de forma tímida, a importância das Ouvidoria Públicas, da busca pela integridade pública e pela participação dos consumidores no SNDC e da fundamental instituição do OUVCON, incentivar que os interlocutores contribuam com o avanço dogmático do tema a fim de observar os reflexos futuros que ainda serão aferíveis acerca da atuação do importante Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jun. 1994. Seção 1, p. 01.

BRASIL. *Decreto nº 10.051, de 9 de outubro de 2019. Institui o Colégio de Ouvidores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10051.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual para implementação de programas de integridade*. Brasília: CGU, 2017a.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Principles for integrity in public procurement*. OCDE, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. UNODC, 2004.

ULMAN, S. Approaches to Public Integrity. *CES Working Papers*, n. 2, p. 340-356, 2015.

SETE ANOS DE LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/2013)

SEVEN YEARS OF ANTI-CORRUPTION LAW (LAW 12.846 / 2013)

Paulo Henrique dos Santos Lucon

Livre docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela mesma Instituição, na qual também se graduou. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual IBDP. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações a respeito da Lei 12.846/2013; 2 Aplicação concreta da Lei n. 12.846/2013; 3 Encerramento; Referências.

RESUMO: O propósito deste ensaio é refletir a respeito da aplicação concreta da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e analisar as possíveis relações entre as demandas cujos fundamentos sejam as diversas leis que visam à tutela da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.666/1993).

ABSTRACT: The purpose of this essay is to analyze the practical implementation of the Act n. 12,846/2013 (Anti-Corruption Act) as well as examine possible connections between the demands whose foundations are the various laws that aim for the public administration protection.

KEYWORDS: Civil Procedural Law. Anticorruption Act (Act 12.846/2013). Administrative Misconduct Act (Law 8.666/1993).

INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.846/2013, também denominada de Lei Anticorrupção, dispõe a respeito da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Ao lado de outros dispositivos contidos no Código Penal, na Lei de Licitações (8.666/1993) e na Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992), por exemplo, os dispositivos da Lei Anticorrupção compõem um microsistema normativo voltado à tutela da administração pública, de seu patrimônio e dos princípios que a informam.¹

O debate em torno do reconhecimento da pessoa jurídica como centro de imputação de responsabilidade de há muito não é estranho ao direito. Uma das ciências jurídicas que mais tem se dedicado ao estudo desse tema nos últimos anos é o direito penal. Um grupo cria um ambiente, que pode facilitar ou mesmo incitar os autores materiais a cometer crimes em seu benefício; daí surge a ideia e a necessidade de aplicar sanções não apenas em relação a estes autores mas também a todo grupo.

Na recente evolução do direito, principalmente após a revolução industrial, os entes coletivos vêm, pouco a pouco, sendo tratados da mesma maneira que as pessoas físicas, podendo, v.g., ser titulares de bens e direitos, contrair dívidas e obrigações, independentemente dos indivíduos que a compõem. As formas de responsabilização das pessoas jurídicas até então existentes no ordenamento jurídico brasileiro não se mostraram, contudo, suficientes para conter as práticas cotidianas de malversação de bens públicos praticada por algumas delas, daí o porquê da conveniência da edição desse diploma legislativo.

A mera previsão de novos dispositivos legais, embora tenham eles o respaldo da opinião pública, como ocorre com a Lei Anticorrupção, não assegura, contudo, que sejam eles efetivos. Por isso, há a necessidade de se refletir a respeito dos resultados concretos produzidos pelo referido diploma legal desde a sua promulgação. Este, portanto, é o propósito deste ensaio.

Em uma tentativa de melhor sistematização da matéria, o argumento será desenvolvido em dois itens distintos, dedicados, respectivamente, ao estudo dos processos administrativo e judicial fundados na Lei Anticorrupção (item 1, *infra*), bem como na efetiva concretização dos preceitos preconizados em lei (item 2, *infra*). Ao fim, são reunidas todas as conclusões alcançadas no decorrer da exposição, de modo a avaliar-se a adequação do disposto na Lei Anticorrupção à realidade.

¹ Ver também: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). In: *Revista dos Tribunais*, v. 947/2014, set. 2014. p. 272.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA LEI 12.846/2013

A Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) disciplina hipóteses de responsabilização em caráter objetivo de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública. Necessário pontuar que, para além das pessoas jurídicas, também podem ser responsabilizados, para os fins do diploma legal em questão, os dirigentes das empresas processadas, bem como qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

De acordo com o art. 5º, *caput*, do diploma legal em questão, constituem atos lesivos à administração pública “*todos aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*”. Mais uma vez, portanto, o ordenamento jurídico pátrio reputa como ilícitas condutas que violam os princípios da administração pública.

Nos incisos do mesmo dispositivo, tipificam-se como atos de corrupção, especificamente: i) a promessa, oferecimento ou concessão, direta ou indireta, de vantagem indevida a agente público ou a terceiro àquele relacionado; ii) o financiamento, custeio, patrocínio ou qualquer outra forma de subvenção da prática dos ilícitos previstos na lei sob exame; iii) o uso de interposta pessoa física ou jurídica visando à ocultação ou dissimulação dos reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; iv) no tocante a licitações e contratos: a) a frustração ou a fraude, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, do caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) o impedimento, a perturbação ou a fraude da realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) o afastamento, bem sucedido ou não, de licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) a fraude de licitação pública ou contrato dela decorrente; e) a criação, de modo fraudulento ou irregular, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) a obtenção de vantagem ou de 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) a manipulação ou a fraude do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; v) a criação de óbices ou entraves à atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, bem como a intervenção em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Ressalte-se que tais atos serão juridicamente reprováveis mesmo se praticados em exclusivo benefício de terceiro, de modo que as pessoas jurídicas que sejam rés das demandas fundadas na Lei Anticorrupção não poderão afastar a sua responsabilidade por meio da alegação de eventual ausência de benefício próprio oriundo da conduta ilícita.

Uma vez configurado o ato, a Lei n. 12.846/2013 prevê a responsabilização dos agentes tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial. Para os fins do presente ensaio, porém, cumpre apenas analisar as sanções aplicáveis no âmbito judicial.

Prevê o art. 19 da Lei n. 12.846/2013, que, se constatada a prática de ato de corrupção, será a pessoa jurídica condenada: “(inc. I) ao perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (inc. II) à suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (inc. III) à dissolução compulsória da pessoa jurídica; (inc. IV) à 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”.

Ademais, no intuito de se assegurar a efetividade das sanções, é possível que seja determinada, além das penalidades mencionadas, a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado (art. 19, § 4.º).

Fato relevante, ainda, é que o art. 30 da Lei n. 12.846/2013 determina que a eventual aplicação de sanções referentes aos atos de corrupção em nada afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa. Disso decorre a possibilidade de cominação de múltiplas sanções judiciais às pessoas jurídicas por atos do mesmo tipo (lesivos à administração pública), muitas vezes oriundos do mesmo evento fático – o que demanda a reflexão a respeito da relação que pode existir entre demandas fundadas nessas diversas leis.

Com relação à possibilidade de celebração de acordos de leniência, estabelece a Lei n. 12.846/2013 que a autoridade pública poderá valer-se do referido instrumento desde que as pessoas jurídicas acusadas colaborem efetivamente com as investigações. Para que a sua colaboração seja considerada efetiva, deve decorrer dela: i) a identificação de eventuais coautores da infração e; ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Além disso, para que a lei autorize o acordo de leniência, é necessário que a pessoa jurídica acusada seja a primeira a se manifestar sobre o seu interesse de cooperar para a apuração do ato ilícito, cessando completamente

o seu envolvimento na infração apurada a partir da data do acordo, admitindo a sua participação na conduta em questão, colaborando permanentemente com as investigações e reparando integralmente o dano causado. Trata-se inegável adaptação do disposto no art. 86 da Lei n. 12.529/2011, que disciplina a Defesa da Ordem Econômica.²

Conquanto se repete como positiva a reprodução e a compatibilização entre os dispositivos que visam tutelar a administração pública, inclusive sob a ótica da construção de um microsistema normativo íntegro e funcional, a doutrina tece severas críticas à maneira como foi disciplinado o acordo de leniência na Lei n. 12.846/2013. Isso porque, de um lado, se o requisito de a pessoa jurídica ser a primeira a se manifestar, faz perfeito sentido no contexto da realização de práticas anticoncorrenciais, que envolvem diversos agentes; de outro, as condutas lesivas à administração geralmente são realizadas por poucos sujeitos. Dessa forma, a existência do referido dispositivo não se justifica no âmbito da Lei Anticorrupção.³

Apenas para concluir este breve exame da Lei Anticorrupção, vale pontuar que, em virtude do caráter evidentemente punitivo das sanções ora mencionadas, à ação civil pública proposta com base no referido instrumento normativo deve ser aplicado um regime próprio – diferente, por exemplo, daquele dispendido às demandas fundadas na mera reparação pecuniária. Quando da formulação e da aplicação do referido regime, deve-se manter em mente que, ainda que não tenha natureza penal, a ação de improbidade administrativa consiste em inegável manifestação do poder punitivo do Estado. Tal fato impõe a observância de uma série de garantias a que fazem jus os acusados, sobre as quais se tratará adiante.

2 *In verbis*: Art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

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

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

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

3 Sobre o tema, ver: SANTOS, Kleber Bispo. *Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 119.

2 APLICAÇÃO CONCRETA DA LEI N. 12.846/2013

Apesar de tratar-se de importante instrumento no microsistema de combate à corrupção, o uso dos institutos previstos na Lei Anticorrupção ainda não se consolidou no país. Com efeito, cinco anos após a promulgação da Lei n. 12.846/2013, apenas seis estados e o Distrito Federal haviam instaurado procedimentos com base nesse diploma legal.⁴

Atualmente, de acordo com informações obtidas junto ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP, criado conforme a previsão constante do art. 22 da Lei n. 12.846/2013), foram aplicadas apenas 206 sanções referentes a procedimentos embasados na Lei n. 12.846/2013, sendo elas divididas em 140 penas de multa, 57 publicações extraordinárias, 6 suspensões ou interdições de atividades e três proibições.⁵ Trata-se, portanto, de uma média de 29 empresas punidas por ano desde a promulgação da Lei Anticorrupção.

O uso tímido das previsões constantes da referida lei reflete também no judiciário: há pouca jurisprudência dos tribunais superiores baseada na aplicação exclusiva da referida lei, de modo que restam por ser pacificadas importantes questões relativas à sua aplicação, notoriamente no que tange à sua compatibilização com outros instrumentos normativos.

Uma hipótese para explicar o desuso da Lei n. 12.846/2013 poderia ser a sua similaridade com a Lei n. 8.429/92, que regulamenta a improbidade administrativa. Isso porque ambos os instrumentos se propõem a tutelar a administração pública, compondo, portanto, um mesmo microsistema normativo. A interação entre referidas leis não se limita, porém, ao objeto tutelado.

Na realidade, ambos os diplomas legais acabam por ensejar a responsabilização dos mesmos agentes, graças à figura do agente impróprio da Lei de Improbidade. As condutas típicas de cada diploma também se confundem, uma vez que, diante dos conceitos jurídicos amplos e do rol exemplificativo dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, as hipóteses previstas na Lei Anticorrupção podem facilmente figurar como improbidade administrativa.

4 BARCELO, Joice. Maioria dos Estados ainda não pune empresas por atos de corrupção. Valor econômico, 2 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/08/02/maioria-dos-estados-ainda-nao-pune-empresas-por-atos-de-corrupcao.ghtml>>. Acesso em: 5 maio 2020.

5 Dados disponíveis em: <[>. Acesso em: 5 maio 2020.](http://www.portaltransparencia.gov.br/graficos/embed/visualizacaoGraficaTabela/barras/barras-verticais?titulo=Quantidade%20de%20san%C3%A7%C3%B5es%20por%20Tipo%20de%20San%C3%A7%C3%A3o&funcionalidade=%2Fsancoes%2Fenp&colunaOrdenacao=quantidade&colunasSelecionadas=tipoSancao%2Cquantidade)

A íntima ligação entre as leis examinadas é reconhecida no corpo do texto da própria Lei Anticorrupção. Conforme mencionado anteriormente, o art. 30 desse diploma determina que a aplicação das sanções previstas nesta não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa. Há, assim, expresse reconhecimento legal no sentido de que uma conduta “corrupta” pode ser sancionada, também, por ser considerada ímproba.

Seja como for, ambas as leis sob análise constituem inegável manifestação do poder punitivo do Estado, inserindo-se no que se chama de direito administrativo sancionador.⁶ Daí a necessidade de que, quando da condução do procedimento, sejam observadas garantias que, embora tradicionalmente ligadas ao direito material e processual penais, compõem um núcleo comum (de status constitucional) diante do *ius puniendi* estatal.⁷ Nesse campo, aplicam-se princípios que tradicionalmente seriam relativos ao processo penal. Isso porque o viés sancionatório dessas demandas enseja a elas um “*caráter acentuadamente penal*”,⁸ não faltando, aliás, autores a defenderem, mesmo sem respaldo literal no texto constitucional, a natureza tipicamente criminal dessas ações.⁹

Tanto nas ações de Improbidade quanto naquelas oriundas de violações aos dispositivos da Lei Anticorrupção, portanto, é preciso resguardar determinadas normas estruturantes, quais sejam: a presunção de inocência, a culpabilidade, a pessoalidade, a proporcionalidade e a individualização das sanções aplicadas, a legalidade, a tipicidade e, especialmente, o direito de não produzir prova contra si próprio.¹⁰

Ademais, a inegável intersecção que existe entre os diplomas legais demanda que se reflita sobre a relação entre as demandas fundadas nessas diversas leis. De plano, é possível concluir que a proximidade das disposições constantes em cada uma delas torna necessário que, caso sejam propostas em separado, seja reconhecida a existência de conexão entre essas ações,

6 Sobre o tema, ver: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

7 LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a Responsabilidade de Terceiros Contratantes com o Poder Público na Ação de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coordenadores). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 362.

8 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro; Forense, n. 4.3.2, p. 167.

9 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). In: *Revista dos Tribunais*, v. 947/2014, set. 2014. p. 269.

10 LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a Responsabilidade de Terceiros Contratantes com o Poder Público na Ação de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coordenadores). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 363.

reunindo-as no juízo preventivo.¹¹ A administração sistemática dos processos singulares garantirá que eventuais condenações sejam realizadas de forma a resguardar o princípio da proporcionalidade.

Para além da reunião de processos, porém, é certo que a atuação repressiva sobre as mesmas pessoas, condutas e esferas, torna imprescindível que se observem outras normas estruturantes acima mencionadas, não apenas sob o viés intraprocessual, mas, também, na perspectiva interprocessual. A possibilidade de eventual condenação prévia do mesmo agente, por conduta ligada ao mesmo fato, pode colocar em xeque a efetiva aplicação da presunção de inocência.

Por isso, importante ressaltar que, para que haja a condenação, deve ser comprovada a culpabilidade da pessoa jurídica em cada um dos processos em andamento, independentemente do que já tenha sido apurado nos demais – até mesmo porque, como visto, o tipo de responsabilização decorrente de cada lei é distinto.

Em outras palavras, não se pode olvidar, em virtude da evidente proximidade dos diplomas sob análise, que estes ainda compõem instrumentos distintos. Tais instrumentos, de acordo com um entendimento lógico sistemático, ressalte-se, não podem ser incompatíveis, sendo imperiosa a sua harmonização.

Contudo, eles tampouco se confundem ou se imisquem. É importante, portanto, que se utilizem ambos os instrumentos, adequadamente. Em outras palavras, é necessário que paulatinamente se consolide a aplicação do disposto na Lei Anticorrupção.

3 ENCERRAMENTO

A corrupção, como fenômeno antijurídico organizado, subverte os padrões tradicionais de investigação e de repressão. Por isso, vem sendo aperfeiçoado, no ordenamento jurídico pátrio, um verdadeiro microssistema normativo de combate ao fato social em questão, que se presta à tutela dos princípios da administração e do patrimônio público.

Os diplomas legais que compõem o microssistema consistem em manifestação do *ius puniendi* estatal – o que demanda, de plano, que na sua aplicação sejam resguardadas diversas garantias individuais dos acusados. Ademais, tais dispositivos, como peças de um todo, devem se fundar sobre as mesmas premissas lógicas, sendo compatíveis entre si.

No presente estudo, foram analisadas as hipóteses de responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos cometidos contra

¹¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Empresas podem ser punidas por improbidade e corrupção simultaneamente. *Consultor Jurídico*, 17 de abril de 2015.

a administração pública, considerando especificamente o disposto na Lei Anticorrupção e na Lei de Improbidade Administrativa. O que se averiguou foi que ambos os diplomas legais possuem estreito liame, sendo que, frequentemente, as condutas reprimidas por um são objeto de persecução no outro.

É possível argumentar, contudo, que a Lei Anticorrupção, conquanto traga previsões positivas no âmbito da repressão às condutas lesivas à administração pública, ainda não é amplamente utilizada no país. E, muito embora tenha-se realizado um intento, no presente estudo, de auferir os motivos pelos quais tal consolidação ainda não ocorreu, o que importa verdadeiramente é que a Lei n. 12.846/2013 passe a ser objeto de maior aplicação e discussão jurisprudencial e doutrinária, de modo a torná-la instrumento legislativo realmente efetivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Menezes de. Combate à corrupção pelo Direito Brasileiro: Perspectiva Constitucional e Nova Tendência Trazida pela lei das Empresas Estatais. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro Da; ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de. LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (Coordenadores). *48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p.707-718.

BARCELO, Joice. Maioria dos Estados ainda não pune empresas por atos de corrupção. *Valor econômico*, 2 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/08/02/maioria-dos-estados-ainda-nao-pune-empresas-por-atos-de-corrupcao.ghtml>>. Acesso em: 5 maio 2020.

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

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Paulo Henrique dos Santos. Empresas podem ser punidas por improbidade e corrupção simultaneamente. *Consultor Jurídico*, 17 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-17/paulo-lucon-empresas-podem-punidas-improbidade-corrupcao>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). In: *Revista dos Tribunais*, v. 947/2014, set. 2014. p. 267-279.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Anticorrupção Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro Da; ARAÚJO, Glauco Roberto Brittes de. LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (Coordenadores). *48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 655-670.

SANTOS, Kleber Bispo. *Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ZILLI, Marcos Alexandre. A Colaboração Premiada nos Trópicos. Autonomia das Partes e o Imperativo do Controle Judicial. Leituras Sobre a Lei 12.850/13 à Luz da Eficiência e do Garantismo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro Da; ARAÚJO, Glauco Roberto Brittes de. LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (Coordenadores). *48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 855-874.

OPEN CONTRACTING: MAIS UMA IMPORTANTE FERRAMENTA NO COMBATE À CORRUPÇÃO E PROMOÇÃO DA INTEGRIDADE PÚBLICA

*OPEN CONTRACTING: ANOTHER IMPORTANT TOOL TO
FIGHT CORRUPTION AND ENHANCE INTEGRITY*

Laura Mendes de Barros

Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo. Especialista em Autoridades Locais e o Estado pela ENA-Paris; em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura e em Processo Civil pela PUC/SP. Procuradora do Município de São Paulo. Ex-Controladora Geral do Município de São Paulo. Professora do Insper e IDP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Open contracting: conceituação e funcionalidades; 2 A importância da adoção do modelo e seu impacto sobre as políticas de combate à corrupção e promoção da integridade; 3 *Cases* paradigmáticos: exemplos a serem seguidos; 4 *Case* paradigmático: pandemia coronavírus no Brasil - o que jamais repetir; 5 Conclusões e perspectivas; Referências

RESUMO: O desenvolvimento de uma atividade administrativa fiel aos preceitos legais e livre de desvios está intimamente ligada à eficiência e eficácia do controle, tanto interno quanto externo e social. Esse, a seu turno, é condicionado pelo grau de transparência, da medida em que os atos públicos se dão a conhecer pelos órgãos de controle e pela sociedade. Sem transparência não há controle; e, sem controle, as chances de instrumentalização da máquina pública em benefício particular crescem significativamente. Os contratos administrativos, como uma das principais manifestações da atividade pública, apresentam-se como um dos contextos mais sensíveis em se tratando de possibilidade de atos de corrupção. Daí a imprescindibilidade de adoção de ferramentas aptas à garantia do seu controle efetivo – inclusive pela sociedade. A técnica de *open contracting*, adotada em diversos países com excelentes resultados atende justamente a essa demanda. Com a disponibilização abrangente de dados em formato aberto, a facilitação do acesso e compreensão das informações e a criação de uma cultura de abertura e transparência, a qualidade da ação administrativa e o atendimento às demandas sociais experimenta grande incremento.

PALAVRAS-CHAVE: *Open Contracting*. Contratos Públicos. Transparência. Controle Social. Dados Abertos.

ABSTRACT: A legal and regular public action depends on an efficient and effective control (both internal and external/social). This control rely on the level of transparency that civil servants give to administrative acts. There is no transparency without control; and, without control, there are much higher chances that the State apparatus is used in benefit of some people in particular. Public procurement, as one of the main functions of the public management, are especially vulnerable to corruption. That is why the use of tools that assure public and technical control are so important. The mechanism of open contracting, used by many countries around the globe, has this exact function and capacity. The use of open data, the access to information and the creation of openness and transparency culture increases the quality of public action – just like its responsiveness.

KEYWORDS: Open Contracting. Public Procurement. Transparency. Social Control. Open Data.

INTRODUÇÃO

As contratações públicas levadas a efeito ao redor do mundo alcançam anualmente a cifra de cerca U\$ 10 trilhões (ou 15% do PIB global)¹, e representam uma das maiores vulnerabilidades no que tange à prática de atos de corrupção.

Trata-se de função absolutamente indispensável à manutenção da estrutura governamental, assim como ao atendimento das demandas e necessidades da população.

Impossível imaginar um ente público que não formaliza contratos: sem o processo de contratação pública, ele restaria simplesmente inviabilizado, impossibilitado de desempenhar suas atribuições e competências.

Daí a importância de forçarmos nesses processos, com vistas a reprimir, e, principalmente, PREVENIR a ocorrência de desvios.

Práticas irregulares historicamente incorporadas ao dia a dia das contratações públicas são facilitadas por mecanismos opacos que dificultam – ou afastam totalmente – a sua transparência, e, conseqüentemente, a participação e controle sociais.

A disponibilização de informações relacionadas a essa atividade é fundamental, tanto para o controle pelos cidadãos quanto para o engajamento dos diversos setores com capacidade de contribuir para o aprimoramento das estratégias de diagnóstico, planejamento, definição do objeto, estabelecimento de parâmetros e critérios de controle e técnicas de execução contratual.

Nesse sentido, é assente que a adoção de uma lógica de coprodução, em que se veem envolvidos os mais diversos atores, resulta em marcantes progressos quanto à eficiência e efetividade da ação pública:

A cocriação apresenta-se como uma possibilidade de desenvolver processos de inovação e melhora dos serviços. Seu fundamento se encontra na investigação participativa e na incorporação de atores geralmente não considerados na definição de causas de problemas e soluções. Nesse sentido, a cocriação implica em que a produção de bens e serviços se realize com os afetados. Uma das questões que mais se tem destacado é que esse enfoque permite incorporar aos processos de desenho de políticas vozes e conhecimentos que de outra forma seriam difíceis de capturar. (TRAVERSO; ORREGO, 2016, p. 4. Traduzimos).

¹ Conforme informações do Fundo Monetário Internacional disponíveis em: <https://blog-pfm.imf.org/pfmblog/2019/05/open-contracting-getting-better-value-for-money.html>. Acesso em: 05 maio 2020.

E uma das estratégias aptas a viabilizar essa lógica de atuação é justamente o objeto do presente, qual seja, a técnica de *open contracting*, ou contratação aberta, abordada no item seguinte.

1 OPEN CONTRACTING

A técnica do *open contracting* vem sendo desenvolvida de forma destacada, organizada e específica desde o ano de 2012, a partir da denominada Open Contracting Partnership - OCP.

Trata-se de uma rede colaborativa (estruturada, portanto, e conforme já apontado, a partir da lógica da ação coletiva) integrada por governos, empresas, sociedade civil e especialistas com vistas à transformação e efetiva abertura dos processos de contratação pública.

Originou-se em decorrência dos esforços – e financiamento – do Banco Mundial, traduzindo-se atualmente em uma organização que congrega mais de quarenta países².

Foi dela que partiram os primeiros esforços de sistematização e divulgação da lógica, que, em última análise, finda por congregar de modo estruturado os diversos princípios incidentes sobre as contratações públicas.

A adoção da técnica tornou-se uma diretriz global abraçada por entidades como a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o G20³, o G7⁴, a Comissão Europeia, o Banco Mundial e o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento.

Traduz-se principalmente na conjugação das técnicas e lógica de dados abertos e governo aberto com vistas à promoção da efetividade, isonomia, justiça, transparência e economicidade dos gastos públicos.

Dentre as ações concretas preceituadas, destaca-se a adoção de estratégias de transformação de informações historicamente acondicionadas em enormes volumes de documentos e papéis em informação digital em formato aberto.

2 Austrália, Rússia, Indonésia, Estados Unidos, Canadá, México, Guatemala, Colômbia, Costa Rica, França, Chile, Paraguai, Argentina, Uruguai, Belize, Espanha, Itália, Reino Unido, Tunísia, Irlanda, Portugal, Bélgica, Polónia, República Tcheca, Noruega, Ucrânia, Romênia, Ucrânia, Geórgia, Afeganistão, Nigéria, República Democrática do Congo, África do Sul, Zâmbia, Camarões, Quênia, Sudão do Sul, dentre outros. Relação completa de parceiros disponível em <https://www.open-contracting.org/worldwide/?lang=es#/>.

3 Grupo formado pelos responsáveis pelas finanças e sistema bancário dos 19 países mais ricos do mundo mais a União Europeia: Alemanha, Canadá, Estados Unidos, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Reino Unido, Rússia, África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, China, Coreia do Sul, Índia, Indonésia, México e Turquia.

4 Composto pelos sete países mais industrializados do mundo: Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, e Reino Unido.

Efetiva-se a partir de incentivos, estímulos e, principalmente, apoio, sob as mais variadas formas, paara a implementação de quatro pilares: 1. Publicação, uso e aperfeiçoamento dos dados relacionados às contratações em formato aberto; 2. Estímulo e promoção do envolvimento dos mais diversos atores; 3. Mensuração, adaptação e institucionalização de reformas e processos de inovação; e 4. Fixação de objetivos das mudanças e segurança nas contratações.

Traz uma noção mais madura de transparência (historicamente com um viés mais passivo, estanque), e uma evolução transformacional orientada pela cultura da eficiência, equidade, responsividade e *accountability* das contratações.

Implica no acompanhamento de perto dos valores públicos durante todo o processo e cadeia de contratação, desde seu planejamento até a prestação e controle – lembre-se que os bancos de dados relacionados às contratações públicas são um dos maiores patrimônios dos entes públicos: é aí que se concentra todo o dinheiro e poder.

Dentre os benefícios do *open contracting* estão: 1. a obtenção de melhores preços; 2. a competição mais ampla e justa, com a possibilidade de melhor planejamento pelas empresas interessadas (aspecto fundamental, principalmente para as empresas menores); 3. a contratação de serviços e compras de melhor qualidade, com o conseqüente incremento na qualidade dos serviços públicos; 4. a prevenção de fraudes e corrupção; 5. análises e soluções mais inteligentes para os problemas públicos.

Nas palavras da própria OCP, '*open contracting* consiste na abertura de informações, com o potencial engajamento de diversos atores durante todo o processo de contratação pública, desde o seu planejamento, competição e avaliação até a contratação propriamente dita'. (OGP, 2019)

Concretiza-se por meio de indicadores e parâmetros condensados no Open Contracting Data Standard (OCDS), um padrão amigável e globalmente reconhecido voltado justamente à abertura de dados e documentos relacionados às contratações públicas via definição de modelos de dados comuns, com diretrizes acerca das informações a serem disponibilizadas, momento e formato de divulgação.

O OCDS foi concebido com o objetivo de dar suporte a organizações que pretendam o incremento da transparência das contratações, possibilitando assim análises mais profundas a partir da combinação e comparação de dados de diversas fontes, um fluxo de informações e intercâmbio, inclusive entre diferentes países.

Propõe as seguintes diretivas fundamentais: 1. Publicação imediata e integral das informações, com a apresentação de um passo a passo voltado ao incremento da abertura; 2. Estrutura simples e adaptável; 3.

Disponibilização das informações referentes a cada uma das etapas do processo de contratação; 4. Criação de um índice organizado com os registros dos processos de contratação, para uma visão panorâmica; 5. Informações sobre organizações envolvidas no processo, comissão e análise, itens integrantes etc; 6. Criação de uma relação dos documentos a serem disponibilizados nos níveis básico, intermediário e avançado de transparência; 7. Padrões comuns de publicação de dados; 8. Guias voltados ao incremento da qualidade da coleta de dados e desses em si; e 9. Construção de uma comunidade de usuários e repertório de ferramentas em constante expansão.

O apoio e suporte aos Estados/entes que desejarem se engajar e aprimorar seus níveis de abertura de dados a partir da lógica de *open contracting* se dá, inclusive, por meio de um suporte *on line* mantido pela OCP (disponível em <https://standard.open-contracting.org/latest/en/support/>).

A estratégia vem dando bons resultados: a OCDS é adotada por um número cada vez maior de países, desde a Ucrânia, Zâmbia e Colômbia até França, Reino Unido, Argentina e México.

A América Latina, aliás, vem se posicionando cada vez mais no sentido da imprescindibilidade da abertura – não obstante a inegável resistência de alguns governos da região⁵.

É o que demonstra o relatório 2019 da Open Contracting Partnership *Our Road to More Impact* (2019, p. 8)

Nesse sentido, ainda, a concepção, no final do ano de 2019, em um encontro realizado no Equador, o Inter-American Open Data Program to Combat Corruption (PIDA)⁶, voltado justamente à promoção, na região, de estratégias de abertura de dados e transparência como ferramenta de combate à corrupção.

Trata-se de um dos 57 pontos do Compromisso de Lima, documento que reúne os acordos firmados pelos governos americanos

5 Nesse sentido, no Brasil: 1. Medida Provisória n. 928, que suspendeu os prazos para resposta aos pedidos de acesso à informação pelos órgãos federais durante o período de calamidade pública relacionada à pandemia do corona vírus; 2. O Decreto presidencial n. 9.690/2019, que autorizava agentes comissionados a classificar como ultrassecretos documentos oficiais. Foi revogado logo após a manifestação da Câmara dos Deputados pela sua inviabilidade. 3. O decreto de sigilo, com a classificação no nível restrito de acesso, pelo Ministério da Economia, dos estudos que embasaram a PEC da previdência. No Equador, a denominada Ley de Meios, aprovada pela Assembleia Nacional em junho de 2013, que possibilita atos de censura e processos penais arbitrários, além de criar a possibilidade de dever de pedido público de desculpas por jornalistas acusados de 'linchamento midiático'; Em Honduras, o Decreto Executivo n. PCM-021/2020, suspensivo das garantias constitucionais – inclusive direito de expressão e vedação à censura - durante sete dias.

6 Maiores detalhes em: <https://datea.la/7-cosas-que-debes-saber-sobre-el-programa-interamericano-de-datos-abiertos-para-prevenir-y-combatir-la-corrupcion/>. Acesso em: 05 maio 2020.

durante a VIII Cúpula das Américas, realizada pela OEA, no Peru, no ano de 2018.

3 CASES PARADIGMÁTICOS: EXEMPLOS A SEREM SEGUIDOS

A primeira experiência de *open contracting* digna de registro é originária da Ucrânia e teve início em 2017.

Trata-se do site ProZorro.Sale, voltado à alienação e locação de bens públicos de uma forma mais simples, direta e transparente.

Adota uma estrutura e estética radicalmente transparentes, abertas e viabilizadoras de procedimentos licitatórios igualmente abertos, isonômicos e céleres.

É estruturado a partir da lógica de rede, com o envolvimento de mais de cinquenta plataformas privadas e duas públicas (as quais ganham um percentual das transações efetivadas por seu intermédio), que se conectam ao sistema e bancos de dados governamentais.

Há ferramentas de detecção de fraudes que identificam e denunciam propostas suspeitas, e as transações são disponibilizadas em formato aberto – portanto exploráveis por meio de robôs – em tempo real.

A transparência e abertura de todo o processo viabilizam, ainda, o engajamento da sociedade civil, que exerce o controle social juntamente com a mídia.

Os princípios basilares do sistema são os do referido *Open Contracting Data Standard* (OCDS), admitindo a coleta, centralização e publicização da informação de forma padronizada e estruturada, com um ID para cada transação.

Daí a possibilidade de compartilhamento de dados e informações entre os mais diversos sistemas.

Para acessar as ofertas, basta que qualquer interessado ingresse no sistema – ÚNICO – e tome conhecimento de TODAS as ofertas existentes.

Não há, portanto, necessidade das exaustivas e desencorajadoras peregrinações entre infindáveis sites e páginas oficiais.

Nessa plataforma operacionalizou-se, por exemplo, a venda de vagões de trens inservíveis do metrô de Kyiv – em apenas duas semanas.

Referidos bens são destinados hoje à instalação de um hostel.

Todo e qualquer bem pode ser ofertado – desde materiais inservíveis, bancos falidos, automóveis, espaços publicitários/de divulgação, imóveis, créditos bancários e muitos outros cuja comercialização seria inviável – ou quase – pelos burocráticos mecanismos tradicionais.

Cenário muito distinto das usuais práticas de apadrinhamento e ofensas à impessoalidade e à própria moralidade historicamente perpetrados no país...

Outra vantagem do sistema é viabilizar um maior controle – através de um diagnóstico mais exato – dos bens pertencentes ao Estado.

Nos últimos três anos, a ferramenta proporcionou o incremento da confiança e participação do cidadão, o alargamento do mercado e sua eficiência, além de possibilitar o levantamento de mais de U\$ 870 milhões (em âmbito nacional e local).

Seu custo foi de U\$ 100.000, e o prazo de desenvolvimento de apenas quatro meses.

Outra experiência digna de registro é o Observatório de Compras chileno, cujo principal objetivo é, uma vez mais, a garantia e incremento da competitividade e isonomia nos processos de contratação pública.

O sistema de compras do governo central do Chile foi criado em 2003 e, desde então, vem experimentando uma expressiva ascensão dos valores comercializados - os quais passaram de 4,3 trilhões de pesos chilenos em 2008 para 7,8 trilhões em 2017⁷.

No mesmo ano de 2017, a autoridade central de compras chilena (ChileCompra) passou a unir esforços com diversas organizações da sociedade civil com vistas a efetivamente utilizar e promover análises e estudos a partir dos dados abertos disponíveis.

Dessa iniciativa resultou a expansão da ação do Observatorio Fiscal, organização da sociedade civil sem fins lucrativos responsável por diversos e importantes diagnósticos e estudos relacionados aos gastos públicos.

A organização lançou, em setembro de 2018, um Observatório de Compras Públicas⁸, em que são compiladas e analisadas crítica, profunda, comparativa e evolutivamente todas as informações relativas às contratações ocorridas tanto em nível federal quanto local.

São analisados aspectos como a forma pela qual os entes estatais efetivam suas contratações; a frequência e formato das licitações e contratos; o grau e perfil de competitividade; que empresas fornecem o que etc.

Tais informações, uma vez coletadas e organizadas, são apresentadas à autoridade central de compras (ChileCompra) e discutidas sob o viés das possibilidades de aprimoramento e incremento da segurança, regularidade, eficiência e eficácia.

7 Conforme informações constantes do site: <https://www.open-contracting.org/2019/03/02/who-wins-the-contracts-how-chiles-observatorio-de-compras-is-using-open-data-to-scrutinize-competition-in-procurement/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

8 Disponível em: <https://compras.observatoriofiscal.cl/>. Acesso em: 11 maio 2020.

Iniciativas tais seriam a nosso ver não apenas viáveis, mas absolutamente desejáveis no cenário brasileiro.

Para tanto, bastaria a sua disciplina em âmbito nacional, estadual, municipal ou distrital, com base nas competências estabelecidas no artigo 22, XXVII da CF.

Realmente, evidente o apelo e natureza locais dos interesses correlatos – alienação e comercialização de próprios públicos e contratação de bens e serviços para atendimento dos interesses específicos da população e às necessidades de funcionamento da máquina estatal respectiva.

Conforme preconizado na clássica obra de Alice Borges (1991, p. 23), as normas gerais são ‘direito sobre direito’, diretrizes para os legisladores municipais e estaduais que devem respeito à autonomia, inclusive legislativa, e ao princípio federativo.

Estar-se-ia falando, portanto, de normas específicas, atinentes aos interesses próprios de cada ente federativo – o que autorizaria a criação de iniciativas tais localmente.

Guardadas as proporções e ressalvadas as peculiaridades do caso, foi essa a inclinação externada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao prolatar a seguinte decisão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2.077/2019 do Município de Guarantã. Legislação que cria o sistema de transmissão *on line* e gravação das sessões de licitações, no Município. Vício de iniciativa. Inocorrência. Norma atenta do cumprimento do princípio da publicidade e dever de transparência da Administração. Poder de suplementar a legislação federal e estadual, naquilo que couber. Tema 917 de Repercussão Geral. Ação improdedente. (TJ/SP. ADI n. 2231533-95.2019.8.26.000. Relator Des. Xavier de Aquino)

De se pontuar, ainda, que, a depender da extensão e criação de deveres veiculados, dispensável a edição de qualquer ato legislativo formal, inexigível para a disciplina das ações inerentes à gestão dos bens e da atividade pública pelo Executivo.

4 CASE PARADIGMÁTICO: PANDEMIA CORONAVÍRUS NO BRASIL - O QUE JAMAIS REPETIR

A crise global desencadeada pelo inesperado advento da pandemia do coronavírus determinou o surgimento de uma série de desafios em todas as esferas, ambientes e níveis.

A estrutura social, econômica, cultural e relacional a que estávamos habituais sofreu, de uma hora para outra, impactos até o momento incomensuráveis.

Toda a lógica comportamental e relacional da humanidade teve que ser repensada, de modo a se adaptar com a nova, dinâmica e dura realidade que se apresenta.

No bojo de tantas crises, da constante necessidade de reinvenção, desponta ainda uma outra ameaça: a tentação de relativização dos instrumentos garantidores da democracia e de seus princípios fundamentais em nome de uma urgência e suposta inviabilidade de respeito aos procedimentos.

A crise democrática, relacionada fundamentalmente aos aspectos de transparência, abertura e acessibilidade evidencia ameaças contundentes, na medida em que, em cenários tão estranhos e fora do controle como o que estamos vivendo, muitos julgam justificável o afastamento de suas garantias inerentes em nome de uma suposta eficiência e celeridade.

Esse parece estar sendo o entendimento de uma série de governos brasileiros – o que faz ainda mais premente e necessário o alerta e convite à reflexão a que se pretende este artigo.

Realmente, e conforme informações da organização não governamental Open Knowledge Brasil levantadas a partir da análise dos dados disponibilizados pelos Estados brasileiros e pelo Distrito Federal no dia 02 de abril de 2020, impressionantes 90% deles apresentavam índice e práticas de transparência relacionados à pandemia insuficientes.

Referida instituição desenvolveu o denominado Índice de Transparência Covid-19, voltada à análise e classificação dos entes federativos quanto à transparência das informações relacionadas à pandemia.

Tal indicador toma por base três diferentes dimensões: 1. Conteúdo (informações como idade, sexo e taxa de hospitalização dos infectados, percentual de ocupação de leitos e testes disponíveis); 2. Granularidade (casos individualizadamente divulgados, com anonimização dos pacientes e respectiva distribuição territorial); e 3. Formato (existência ou não de painéis analíticos, planilhas em formato editável e histórico de casos).

Traz uma escala de 0 a 100 – sendo tal pontuação máxima reservada aos entes mais transparentes, que pontuarem em grau máximo em todos os aspectos⁹.

9 Quanto ao conteúdo das informações, é avaliada a disponibilização das seguintes informações atinentes aos pacientes contaminados: 1. Faixa etária; 2. Sexo; 3. Status do atendimento; 4. Doenças preexistentes; 5. Ocupação de leitos; 6. Outras doenças respiratórias; 7. Testes disponíveis; 8. Testes aplicados. Quanto à granularidade: 9. Microdados atinentes a cada caso (informações relevantes e específicas de cada um dos pacientes, de forma anonimizada); 10. Localização; Quanto ao formato: 11. Forma de visualização; 12. Formato aberto; 13. Série histórica.

Somente o estado do Pernambuco apresentou, quando da realização do primeiro levantamento, em meados de abril, nível alto de transparência (81 dos 100 pontos possíveis), seguido do Ceará (69 pontos) e Rio de Janeiro (64).

Tal análise é revisitada semanalmente, e vem indicando algum progresso – ainda que tímido.

Com efeito, no dia 14 de abril, já eram cinco os estados avaliados com nível de transparência alto ou bom: Pernambuco (ótimo, 90), Maranhão (71), São Paulo (69), Rio de Janeiro (62), Rio Grande do Norte (60) e Ceará (60)¹⁰.

Outra opacidade bastante preocupante e potencialmente nefasta decorre da falta de normatização e padronização das notificações dos casos suspeitos/confirmados da doença.

Diante da ausência de um regramento pelo Ministério da Saúde, o Brasil fica à mercê da subnotificação e total desorientação quanto aos avanços e controle da Covid-19.

Tal cenário, para além de absolutamente incompatível com a transparência, afigura-se de grande risco, podendo resultar em milhares de mortes por erros de diagnóstico – e portanto de estratégias de enfrentamento à pandemia.

Vê-se, objetivamente, que o princípio constitucional da transparência vem sendo marcadamente negligenciado no atual cenário de anormalidade.

A omissão de tais dados e informações, para além de ofender frontalmente a Lei de Acesso à Informação e a própria Constituição Federal, inviabiliza o mapeamento da disseminação da doença.

Informações absolutamente sensíveis, como a número de testes e leitos de UTI disponíveis são simplesmente negadas ao cidadão, órgãos de imprensa, academia etc.

A falta de transparência em níveis minimamente satisfatórios dá azo a distorções e abre espaço para irregularidades e ilegalidades.

E, como se a situação já não fosse preocupante e adversa, editou o governo federal mais um ato atentatório à sua transparência.

Trata-se da Medida Provisória n. 928, por meio da qual se pretendeu a suspensão dos prazos para resposta aos pedidos de acesso à informação durante o a epidemia.

Na prática, referido ato ainda inviabiliza qualquer pretensão de recurso e, ao determinar que os pedidos não respondidos no prazo devem ser reiterados tão logo finalizada a pandemia, transfere ao cidadão o ônus de levantar as informações de interesse público – incumbência essa claramente inerente à função do Estado.

10 Informações disponíveis em: <https://transparenciacovid19.ok.org.br/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

Nesse ambiente, a possibilidade de formalização de contratos públicos às escuras, sem qualquer possibilidade de controle social aumenta consideravelmente.

E daí o risco iminente de contratações ilegais, imorais, incompatíveis com as normas e princípios regentes da Administração Pública.

Pior: ainda que isso esteja rotineiramente se passando no âmbito dos diferentes entes federativos, os órgãos de controle – e a própria população – não tem a menor condição de conhecer tais fatos.

Tem menos capacidade, portanto, e por óbvio, de agir e coibir deslizes e irregularidades.

Surge assim um ambiente propício a práticas ilegais, com inúmeras possibilidades de corrupção, tráfico de influência, improbidade administrativa e utilização da máquina pública em benefício de particulares – o que se nos afigura nada menos que inadmissível.

Os conflitos de interesses ficam igualmente facilitados – vez que a opacidade pode ter como efeito a relativização da diligência e cautela dos agentes públicos em não se relacionar, enquanto tais, com empresas ou fornecedores com os quais tenham qualquer tipo de relação ou proximidade¹¹.

Nesse sentido, diversas contratações suspeitas ou inquinadas de ilegais: 1. No Distrito Federal, contratações emergenciais que montam a mais de R\$ 46 milhões, com vistas à¹² construção de hospital de campanha; estruturação de central telefônica para atendimento de usuários de farmácias de alto custo; e aquisição de luvas descartáveis e testes rápidos para diagnóstico do Covid-19; 2. No Amapá¹³, aquisição de equipamentos de proteção individual e hospitalares com suposto superfaturamento de até 814%; 3. No Rio de Janeiro, aquisição emergencial de respiradores e ventiladores pulmonares, que já resultou no afastamento de um então subsecretário executivo da Secretaria de Saúde do Estado e na prisão de quatro pessoas por suposto superfaturamento de cerca de R\$ 4,9 milhões¹⁴; 4. Em São Paulo, aquisição direta, por U\$ 100 milhões, de 3

11 Situação digna de registro, no cenário da pandemia: suposta contratação emergencial e sem licitação, pelo Ministério da Saúde, de empresa alegadamente doadora para a campanha do respectivo ministro. (REZENDE, 2020)

12 Conforme informações do jornal Correio Brasiliense de 22/04/2020. Disponível em: https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/04/22/interna_cidadesdf,847130/coronavirus-ministerio-publico-investiga-seis-contratos-emergenciais.shtml. Acesso em: 11 maio 2020.

13 Conforme notícia veiculada pelo Correio Brasil em 29/04/2020: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/pf-apura-desvio-de-verbas-utilizadas-no-combate-covid-19-no-amapa>. Acesso em: 20 abr. 2020.

14 Notícia veiculada pela CNN Brasil em 07/05/2020 em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/05/07/mp-prende-ex-secretario-do-rj-por-superfaturamento-em-compra-de-respiradores>. Acesso em: 07 maio 2020.

mil respiradores da China alegadamente superfaturados¹⁵; 5. Em nível federal, contratação de consultas virtuais superfaturadas, cujo contrato original de R\$ 26 milhões teve seu valor aumentado para R\$ 114 milhões sem qualquer explicação razoável¹⁶.

Oportunamente, o dispositivo da Medida Provisória em questão, que obstou a fluência dos de prazos foi suspensa pelo Ministro Alexandre de Moraes, em liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6351/DF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil¹⁷.

Tal suspensão foi confirmada pelo Plenário do Supremo em 30 de abril de 2020.

Preocupante observar, porém, que, não obstante tal decisão pelo órgão maior do Judiciário nacional, guardião da Constituição, o Executivo federal continua negando acesso a informações relacionadas à pandemia, sem maiores justificativas.

É o que demonstra o relatório do Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas¹⁸ ‘Alterações no Atendimento a Pedidos de Informação e a MP 928’:

A pandemia de Covid-19 foi citada injustificadamente como motivo para alteração no atendimento a pelo menos 46 pedidos de informação feitos ao Executivo federal de 27 de março a 27 de abril - depois, portanto, de o Supremo Tribunal Federal (STF) suspender liminarmente trechos da Medida Provisória (MP) 928/2020. Um deles citou indevidamente o texto como justificativa para fornecer uma resposta parcial. A maioria (52%) não foi atendida, ou seja, a resposta indicou que não era possível enviar a informação solicitada; um dos casos ocorreu na fase de recurso do pedido. Outros 22% foram apenas parcialmente atendidos (só foi enviada parte das informações, e indicou-se que não era possível enviar tudo); um dos casos ocorreu na fase de recurso. Houve ainda casos de extensão de prazo por tempo definido dentro do prazo permitido pela LAI e de atendimento por outro meio que não o e-SIC. Em nenhum

15 Fontes: <https://exame.abril.com.br/brasil/compras-emergenciais-durante-a-pandemia-sao-investigadas-em-11-estados/>; <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/doria-compra-respiradores-sem-licitacao-da-china-por-r-550-mi-promotoria-investiga.shtml>. Acesso em: 11 maio 2020.

16 Informações veiculadas em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/11/mp-tcu-ministerio-saude-telemedicina-coronavirus-sobrepreco-manipulacao.htm>. Acesso em: 11 maio 2020.

17 Conforme assentou a decisão, o sigilo, excepcional, não pode, sob qualquer argumento, ser transformado em regra: “O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso a informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade”.

18 Coalizão de entidades da sociedade civil e pesquisadores voltada ao monitoramento da implementação da Lei de Acesso à Informação.

dos casos, a resposta apresentou elementos para demonstrar como a pandemia ou o estado de emergência decretado em função dela impossibilitava o atendimento integral ao pedido ou o tempo maior para atender ao pedido. Os motivos variaram da mera citação ao estado de emergência por causa da Covid-19 à afirmação de que foi adotado o regime de teletrabalho, sem indicar como isso interferiria no atendimento à demanda. (...) A justificativa mais exótica veio do Ministério da Saúde, que em 9 ocasiões negou acesso a alguns dados e informações sobre a pandemia sob a alegação de que os materiais precisam “ser salvaguardados” por sua importância estratégica. Descumprindo a LAI, não apontou se as informações estão classificadas em algum grau de sigilo nem quem teria sido responsável por classificar o documento. Uma das solicitações buscava o procedimento adotado pelo poder público para decretar o estado de emergência. (Forum de Direito de Acesso a Informações Públicas. 2020, p. 5-6)

Não se pode coadunar com iniciativas tendentes ao distanciamento entre Estado e cidadão¹⁹, à criação de entraves à participação democrática, ao controle social e, em última análise, ao exercício do controle propriamente dito.

Disso dependerá o futuro da nossa democracia – ainda não das mais maduras e consolidadas – e a viabilidade do Estado nacional tal como hoje estruturado.

Nesse sentido, digno de registro o “Guia para Governo Aberto e o Coronavírus”²⁰: Direito à Informação” elaborado pela Open Government Partnership²¹, com as seguintes recomendações:

19 Nesse sentido, dignos de registro: 1. A edição, pelo Presidente da República, da Medida Provisória n. 928, segundo a qual pretendia a alteração da Lei de Acesso à Informação, mediante a suspensão de todo e qualquer prazo para que os agentes públicos disponibilizassem as informações solicitadas. Referida pretensão foi barrada pelo Judiciário, em decisão do Ministro Alexandre de Moraes, segundo a qual o sigilo, excepcional, não pode, sob qualquer argumento, ser transformado em regra: “O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso a informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade”. Referida decisão foi ratificada pelo Plenário em 30 de abril de 2020.

20 *Guide to Open Government and the Coronavirus: Right to Information*, disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/documents/a-guide-to-open-government-and-the-coronavirus-right-to-information/>. Acesso em: 11 maio 2020.

21 Parceria estabelecida em 2011, com a finalidade precípua de promoção, fortalecimento e fomento da transparência, *accountability*, participação democrática, inovação tecnológica e o combate à corrupção, que adota uma lógica de co-criação, de coprodução, com o envolvimento dos mais diversos atores, estatais e não estatais. O Brasil é um dos co-fundadores da iniciativa, que conta atualmente com 78 países e um crescente número de governos locais e representantes da sociedade civil.

1. Quanto às regras de acesso à informação: manutenção da prestação da informação, com a maior agilidade e amplitude possível, observados os seguintes aspectos:
 - a. Legalidade - toda e qualquer suspensão ou extensão de prazo deve ser efetivada por lei em sentido formal, submetida ao parlamento, e explicitamente vinculada ao período emergencial;
 - b. Pedidos de acesso eletrônicos - devem ser processados como usualmente, com a eliminação de quaisquer barreiras tais como necessidade de identificação;
 - c. Adoção de fiscais de informação, incumbidos da sistematização e fluxos de resposta.
2. Priorização dos pedidos relacionados à Covid-19, com a identificação de agentes eventualmente subaproveitados, realocando-os para posições em que possam colaborar com a agilidade e segurança das informações, e criação de canais e protocolos específicos para o Covid-19;
3. Proatividade na publicação de informações, que devem estar concentradas em um site amigável, acessível e que congregue as decisões tomadas com as respectivas justificativas; lance mão de boletins de imprensa; mobilize os mais diversos meios de comunicação e invariavelmente adote formato aberto;
4. Aprimoramento da capacidade de resposta, com a digitalização de documentos, uso de ferramentas estatística, segurança no armazenamento, alocação de equipe suficiente, atualizações constantes e foco na transparência ativa, com a antecipação de demandas;
5. Publicação de todas as informações relacionadas à pandemia como regra.

Trata-se de diretrizes replicáveis em quaisquer países/entes subnacionais, e que certamente trarão benefícios à democracia, segurança para a população e obstáculos à prática de atos de corrupção e desvios em geral.

5 CONCLUSÕES

A corrupção, as práticas de improbidade, de desvios, de conflito de interesses e irregularidades em geral são propiciadas pela opacidade e déficit de transparência.

Sem a possibilidade de um controle efetivo - pelos órgãos incumbidos dessa função e pela própria população - surge um ambiente propício e eventualmente até estimulante de práticas ilegais.

Uma das estratégias mais importantes e fundamentais à manutenção da 'normalidade' democrática e à retidão das contratações públicas é justamente a lógica de abertura, de governo aberto e, em última análise, de *open contracting*.

Os vetores constitutivos dessas ferramentas devem ser onipresentes, inclusive - e principalmente - nesse momento de crise, para a concretização de contratações emergenciais.

Não se pode dispensar os procedimentos de consulta e comparação de preços, com análise da higidez dos fornecedores e sua capacidade de efetivamente atender as demandas que se apresentam.

Da mesma forma, indispensáveis as ações de divulgação plena, transparente e aberta de todo o processo.

Tais ações devem adotar uma forma mais dinâmica, aberta e eficaz, com o uso de suportes de informática e viabilidade de pronto cruzamento de dados.

Demandas excepcionais, para além de apresentarem desafios com relação ao seu atendimento, exigem um necessário envolvimento e mobilização da sociedade civil e do setor econômico, na medida em que nenhum desses setores tem capacidade de, isoladamente, apresentar respostas satisfatórias.

Daí a importância e utilidade da estratégia de *open contracting*, adotada com grande sucesso nos mais diversos países, e que invariavelmente resulta em incremento da qualidade da ação administrativa e dos serviços públicos, com grande envolvimento da sociedade civil e economia de milhões para os cofres estatais.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 1991.

FORUM DE DIREITO DE ACESSO A INFORMAÇÕES PÚBLICAS. Relatório '*Alterações no Atendimento a Pedidos de Informação e a MP 928*'. 2020. Disponível

em: http://informacaopublica.org.br/wp-content/uploads/2020/05/Alteracoes_atendimento_pedidos_de_informacao_e_MP_928.pdf. Acesso em: 05 maio 2020.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Open Contracting Fact Sheet*. 2019. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2019/05/Open-Contracting-Fact-Sheet-May-2019.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. *Our Road to More Impact*. 2019. Disponível em: https://www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2020/03/OCP2019_AnnualReport_web.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

TRAVERSO, Diego Barría; ORREGO, Ariel Ramírez. Evaluación participativa: explorando su utilidad en un contexto de apertura gubernamental. In: *CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, 21, Santiago, Chile. 2016.

COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE ENFORCIMENT ANTICORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

COMPLIANCE AS AN ANTI-CORRUPTION ENFORCIMENT
TOOL IN PUBLIC ADMINISTRATION

Anna Carolina Faraco Lamy

Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina. Sócia do escritório Lamy & Faraco Lamy – Advocacia e Compliance. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Corrupção como fenômeno social no Brasil; 2 *Compliance* como ferramenta de *enforcement* à legislação anticorrupção; 3 Proposta de rotinas que podem ser implementadas pela Administração Pública para dar *enforcement* à legislação anticorrupção; 3.1 Internamente: criando frames de *compliance* que o consolidem como exemplo; 3.2 Estabelecer benefícios aos gestores que implementarem programa efetivo em suas organizações – distinção de tratamento pela ocupação na criação de ferramentas de controle de risco e rechaço ao resultado; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem o propósito de estabelecer se há meios alternativos de efetividade normativa diversos da clássica instauração de processo judicial e utilização da sanção como ferramenta de conformidade. Parte da premissa de que a sanção tem menor potencialidade de evitar a reiteração de condutas de descumprimento normativo e que a utilização de métodos pedagógicos que auxiliem na alteração de paradigma institucional pode ser mais eficiente no sentido de dar cumprimento às normas. Para tanto, avalia o *compliance* como ferramenta neste sentido e avalia como ele poderia ser utilizado para dar *enforcement* (efetividade) à legislação anticorrupção especificamente no que tange à Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance. Enforcement. Anticorrupção. Administração Pública.*

ABSTRACT: The purpose of this article is to establish whether there are alternative means of normative effectiveness different from the classic judicial process and the use of sanctions as a compliance tool. It starts from the premise that the sanction has less potential to avoid the repetition of conduct of normative non-compliance and that the use of pedagogical methods that help in changing the institutional paradigm can be more efficient in order to comply with the rules. To this end, it assesses compliance as a tool in this sense and assesses how it could be used to enforce (effectiveness) anti-corruption legislation specifically with regard to Public Administration.

KEYWORDS: *Compliance. Enforcement. Anticorruption. Public Administration.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe uma leitura de *lege ferenda*, refletindo sobre o sistema jurídico como posto, porém propondo ferramentas alternativas à prevenção e ao controle da corrupção no Brasil.

Isso porque o cenário posto, mesmo com a previsão de punição penal ao cometimento do crime de corrupção, é o aumento contínuo de casos no Brasil, piora nos rankings de confiabilidade internacional e sucessivos casos de grande impacto, envolvendo pessoas do alto escalão do Governo Federal.

Isso faz pensar se a atribuição de importância penal ao crime de corrupção e a consequente sanção prevista está efetivamente desmotivando as pessoas a agirem de modo corrupto ou se seria possível pensar em alternativas mais eficientes.

A existência de uma norma proibitiva não garante que as pessoas vão cumpri-la. E parece ser possível cogitar que seu cumprimento depende de fatores externos à simples preocupação com a atribuição da sanção.

Se a sanção fosse material suficiente a provocar o cumprimento da norma o reflexo natural deveria ser a diminuição de casos de corrupção e melhora nos rankings internacionais. Mas não é isso que se denota ao observar o fenômeno da corrupção no Brasil, principalmente nos últimos anos – num contexto de sociedade da informação¹.

O presente trabalho vem propor que em complemento à previsão de sanção criminal contra o ato de corromper funcionário (oferecer vantagem) público ou de se deixar corromper (solicitar vantagem) sejam utilizadas outras ferramentas que deem efetividade à legislação anticorrupção no Brasil.

A principal delas seria a utilização de rotinas de *compliance* no âmbito do Poder Público e a confirmação do *compliance* como ferramenta de gestão por meio de ações de estímulo à atividade empresarial.

1 CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO SOCIAL NO BRASIL

Nos últimos anos, o Brasil tem se deparado com uma crise estrutural, fomentada pela movimentação do aparato de Justiça no intuito de controlar o que a doutrina reconhece como um *quadro sério de corrupção*².

1 LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 29-30.

2 A respeito: “No Brasil, o tema da corrupção nunca foi tão debatido, em especial após o que se convencionou chamar ‘Operação Lava-Jato’. Nesse sentido, foi ela, verdadeiramente, um divisor de águas. Muito sucintamente, descobriu-se a partir de situações pontuais de corrupção na maior empresa petrolífera brasileira, uma complexa trama, envolvendo boa parte das grandes empreiteiras nacionais. A partir daí empresários foram

Historicamente, outros países tiveram situações semelhantes, e mesmo diante de operações ostensivas de combate à corrupção, o que culminou em uma adaptação parcial àquilo que tradicionalmente se reconhecia como a *clientela penal*³, não alcançaram melhores índices no quesito confiabilidade internacional⁴.

Isso, fica muito evidente quando observado o exemplo da Itália, especificamente, da Operação Mãos Limpas, publicamente utilizada como referência ao que se construiu na Operação Lava-Jato⁵ no Brasil.

Em 2015, GHERARDO COLOMBO⁶, publicou um livro chamado *Lettera a un figlio su mani pulite*⁷, que descreve os anos de trâmite da Operação Mãos Limpas, na qual atuou como juiz.

Referido autor – um dos magistrados condutores da Operação Mãos Limpas – conclui em sua obra que a herança da Operação Italiana não é o que dela se esperava. Pelo contrário, o cenário de corrupção na Itália apenas se agravou, e mesmo anos após finalizada a operação, seus efeitos ainda podem ser sentidos concretamente.

O autor explica que, na sua compreensão, a razão pela qual a Operação não surtiu os efeitos esperados foi o fato de que *a cultura antecede*

presos, consolidou-se o instituto da colaboração premiada e, destacadamente, passou-se a falar em sistema de compliance em um sistema de balanços empresariais. Propositadamente ou não, o próprio firmamento empresarial nacional mostrou-se abalado, o que impõe maiores reflexões” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance e direito penal na era pós Lava-Jato*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 106, v. 979, maio 2017. p. 33-34).

3 Sobre o tema, muito se trata dentro do Paradigma da Reação Social. Cita-se: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica ao Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012; dentre outros.

Importante destacar que este trabalho não nega que o sistema penal é composto, prevalentemente, pelos grupos encontrados nesses estudos, notadamente pessoas pobres e negras. Todos os números do CNJ apontam para a confirmação de que compõem maioria no sistema penal.

A presente tese apenas aventa a possibilidade de uma mudança de paradigma, ligada ao panorama social e político atuais, notadamente pela deflagração de Operações policiais que têm como alvo grandes empresas, vide *Lava-Jato e Carne Fraca*.

4 A Itália, que será utilizada como referência, encontra-se na 60ª posição segundo dados da *Transparency Internacional*, o Brasil aparece na 79ª. (TRANSPARENCY INTERNACIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table. Acesso em: 22 jun. 2019).

5 Em diversas oportunidades o Juiz que conduz a Operação Lava-Jato confirmou que tem na Operação Mãos Limpas uma referência em termos de procedimento, utilizando algumas medidas muito semelhantes àquelas adotadas na Operação Italiana. A respeito: (MACEDO, Roberto F. de. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite (mãos limpas)*. Disponível em: <https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/187457337/consideracoes-sobre-a-operacao-mani-pulite-maos-limpas>. Acesso em: 22 jun. 2019)

6 Juiz Aposentado e Procurador Substituto da República de Milão. Atuou na condução da Operação Mãos Limpas, na Itália.

7 COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un figlio su mani pulite*. Milão: Garzanti, 2015.

a regra, de modo que a simples ameaça da imposição de sanção não altera significativamente o DNA de uma nação.

As pessoas continuarão sendo corruptas, porque não há garantia real de que seus atos serão descobertos e efetivamente punidos. É mesmo que tenham essa certeza, estarão deixando de agir contra a lei apenas para que não sofram a sanção decorrente do descumprimento da lei, e não voluntariamente e pela vontade do agir de acordo com o sistema jurídico e em respeito à dignidade do outro.

Portanto, a coerção simples não é elemento suficiente à alteração da essência dos cidadãos por não existir sequer certeza de que atos ilícitos serão apurados e punidos, notadamente em países com altas taxas de impunidade⁸.

A partir da conclusão do autor e magistrado italiano, pode-se cogitar que a o que enseja condutas corruptivas está intimamente ligada à educação do povo. Contudo, não se trata de uma educação do ponto de vista pedagógico-formal, ou seja, de disseminar um discurso de que escolas de qualidade garantem nações menos corruptas.

Trata-se, outrossim, de assegurar uma formação cultural lastreada em valores específicos que rejeitem qualquer ato corrupto. Isso perpassa pela educação escolar (sim), mas vai mais além, objetivando uma educação social.

8 A respeito da dificuldade de conclusão estatística acerca da equação ocorrência/solução de crimes, destaca-se: “O papel da Cifra Negra como importante limitador de estatísticas criminais é tamanha que há anos a Estatística Policial Alemã (PKS) a elenca como primeiro obstáculo dos números. O que consta nos relatórios oficiais é a Cifra ‘Clara’ – Hellfeld – ou seja, os crimes conhecidos pelo Estado. A relação Hell-Dunkelfeld pode variar conforme o comportamento social na representação da criminalidade e a intensidade da persecução policial”. (c Acesso em: 12 fev. 2019). E, especificamente, quanto ao crime de corrupção: “Todavia, quando se lida com casos de corrupção, na maioria das vezes, os agentes envolvidos no crime estão efetivamente cientes de sua ocorrência (assimetria de informação), o que nos leva ao segundo problema: colusão. Combater a corrupção é, em larga medida, similar ao combate aos cartéis (GICO, 2007 (usar a citação completa e não autor-data para ficar padronizado em seu trabalho)), pois, em ambos os cenários, os agentes envolvidos conluiem para alcançar o resultado ilegal sem revelar a colusão para o mundo exterior. Assim, é possível se analisar a corrupção burocrática como sendo um problema de risco moral, isto é, um contrato entre um principal e um agente com informação privada” e “uma primeira conclusão interessante que podemos extrair dos dados é que apenas um terço dos servidores públicos demitidos administrativamente (34,01%) são processados criminalmente. Como esses números referem-se a casos já amplamente documentados e, mesmo assim, o número de ações é muito baixo, é razoável supor que a probabilidade de se enfrentar ações judiciais na esfera penal pela prática de corrupção é bem abaixo de 30%. [...] Convém lembrar que mesmo esse baixíssimo desempenho na aplicação da lei não representa necessariamente tempo de carceragem, pois o regime prisional pode ser convertido em outros tipos de punição dependendo do tempo de prisão imposto. Em resumo, o resultado que encontramos é que a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero. E as coisas não diferem muito quando analisamos as sanções cíveis”. GICO JR., Ivo; ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. In: *Revista Direito GV*, n.º. 13, São Paulo: jan./jun. 2011, p. 75 e ss. Disponível em: file:///C:/Users/advogados001/Downloads/24041-43686-1-PB.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

Possível prever que estando a Operação Lava-Jato espelhada naquela deflagrada na Itália, o *futuro* possível do Brasil deve ser algo semelhante aos desdobramentos vistos hoje na Itália.

De modo, que não há certeza de que após a utilização ostensiva do aparato de Justiça para se criar o que, popularmente, foi reconhecido como uma batalha contra a corrupção, o povo brasileiro será efetivamente menos corruptor e menos corruptível.

Parece factível dizer que há probabilidade de que daqui a anos, concluída a operação Lava-Jato e tendo havido dezenas de prisões e de condenações não se terá erradicado – ou sequer diminuído – a corrupção no Brasil; e menos ainda, se terá alterado o DNA do país de modo a *reculturalizar* seu povo, para que absorva os valores de uma sociedade que repudia/rejeita a corrupção.

A partir das conclusões trazidas pelo jurista italiano, se o cenário não melhorou porque a regra e a coerção não são suficientes para alterar toda a estrutura social, seria mais inteligente do ponto de vista da mudança investir na cultura, e não na regra.

E, é justamente a isso que o trabalho se propõe: mudar o foco de observação do direito, de instrumento persecutório para medidas preventivas e ferramentas alternativas de controle.

Trata-se de propor uma virada de paradigma⁹, notadamente, quando se conclui que o objeto corrupção está na pauta do debate legal brasileiro, e para que seja sério, fundamentado, e voltado a qualquer solução depende do reconhecimento das peculiaridades deste crime.

9 A noção de paradigma passou a ser largamente utilizada no direito (para falar de diferentes modos de produção), e surge com uma conotação mais forte e estruturada com THOMAS KUHN.

No livro *A estrutura das revoluções científicas*, KUHN traz a tese de que não existe uma continuidade linear na produção científica. Que o que ocorreria seriam saltos qualitativos, e que na transição de um modo de visão para o outro haveria uma mudança paradigmática.

A partir da construção de KUHN pode-se cogitar que o cientista cria o paradigma, e o paradigma cria o cientista. E que o reconhecimento do paradigma (como critério de observação e análise) é elementar à transição da pré-ciência à ciência, porque o paradigma se torna um critério unificante dos cientistas que o utilizam, a medida em que o cientista passa a poder ser reconhecido a partir dele.

Torna-se possível dizer que um determinado autor é adepto do paradigma da reação social (em falando, especificamente de criminologia), e isso o identifica e ao seu discurso, bem como seu ponto de visão. Pode-se esperar alguns resultados de sua produção científica, e reconhecê-lo com cientista a partir do paradigma por ele adotado.

A alteração de um paradigma, esses saltos qualitativos a que se refere KUHN, ocorreriam à medida que se multiplicam os problemas que não são solucionáveis por um determinado paradigma. Aqui ocorrendo o que o autor denominou de crise de paradigma.

Não se trata de *consertar* o paradigma, sendo por vezes necessário criar um novo paradigma. E só existe um novo paradigma quando houver um novo fundamento, com novas crenças, novos valores, novas generalizações simbólicas e novas maneiras que resolver o problema concreto.

A crise, portanto, não é algo ruim para ciência; mas sim o que provoca os cientistas a criarem novos radicais de reflexão a partir de lacunas verificadas no modelo então utilizado.

O que se propõe neste trabalho é que existe uma crise, inserida no contexto político-histórico-social atual, que provoca a necessidade de uma alteração de paradigma. E isso não significa dizer que se está negando premissas anteriores (ou mesmo a efetividade parcial da previsão do crime de corrupção), mas que a natural engrenagem social provoca a necessidade de complementações.

Sem fazer digressões ao infinito, mas apenas contextualizando a reflexão proposta, é importante reconhecer que a Escola de Chicago desenvolveu o que denominou de paradigma da reação social, ou *labeling approach*, substituindo o enfoque do criminalizado, presente no paradigma etiológico¹⁰, para o do sujeito criminalizador (estruturas de controle social).

A partir dele, o ponto central do estudo das ciências criminais deixa de ser o sujeito criminoso, passando a tratar do sujeito que criminaliza, e das razões pelas quais determinadas pessoas estão mais suscetíveis ao enquadramento no conceito *criminoso*¹¹.

Enquanto, para LOMBROSO, FERRI e GAROFALO a tendência à criminalidade seria algo antropológico¹², para o paradigma da reação social¹³ dever-se-ia deslocar o objeto de análise do sujeito criminoso para o sistema que o criminaliza.

Da criminologia da reação social nasce a criminologia crítica (em um novo salto de paradigma), também denominada radical ou marxista, que analisa o fenômeno da criminalidade a partir das desigualdades¹⁴.

10 Aqui cite-se como referência Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

11 O que está, por sua vez, umbilicalmente ligado à identificação de a quem incumbe o poder de apontar o que será considerado criminoso e o que não será.

12 Lombroso aponta em seu *O homem delinquente* diversas características biológicas que justificariam a tendência à criminalidade. O criminoso seria um homem de pele escura, testa e dedos longos, etc. Claro que a falha da pesquisa foi a amostragem, já que ele basicamente descreveu a complexão física de qualquer homem adulto do sul da Itália. Seu posicionamento é rechaçado por escolas posteriores, a culminar com a criminologia crítica. Para uma análise dos critérios de Lombroso: LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013. E para um contraponto: BARATTA, Alessando. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2013; e ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan. 2008.

13 “A criminologia da Reação Social, pois, compreenderia, tanto as teorias da rotulação (Becker, Erikson, Kitsuse, Lemerto quanto as do estigma (Goffman) e do esteriótico (Chapman). Compreenderia também os modelos analíticos que enfocam variáveis como a organização e a sofisticação do poder e da delinquência (Turk), variáveis influentes na criminalização de homens e de comportamento que têm sido definidos pelos códigos repressivos. [...] Esta escola deixou estabelecido, finalmente, que a causa do delito é a lei, não que a viola, por ser a lei que transforma as conditas líticas em ilícitas. Quer dizer, que o problema das definições começa a se delinear com toda sua transcendência” DE CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

14 BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A desigualdade seria, para essa vertente criminológica, responsável pela lapidação de uma clientela penal, pessoas que retroalimentam o sistema, e que sempre retornam pela sua institucionalização¹⁵.

Essas pessoas não representariam, do ponto de vista da criminologia crítica, material à produção, característica do modelo capitalista. Nessa perspectiva, a clientela penal seria composta, preponderantemente, por pessoas de baixa renda, que não participam da economia do país, e outros *indesejáveis*.

Por isso, a desigualdade seria a pedra de torque ao fenômeno do crime: incidiriam em crimes aqueles que não têm poder de se enquadrar em determinados *status* e de contribuir para aquilo que é considerado central no modelo capitalista – o consumo¹⁶.

Nada obstante, muito condizente com a realidade, e tendo se confirmado como um paradigma certo durante anos, a criminologia crítica deixa de explicar por que razão pessoas que não se enquadram neste *perfil* de criminalizado incorreriam em crimes.

Se a clientela é a pessoa de baixa renda e sem oportunidades em razão da desigualdade, por que razão um empresário bem-sucedido cometeria qualquer ilícito, já que está no topo da cadeia de consumo?

Pensando na realidade do Brasil, por que donos de multinacionais – CEOs de empresas que acumulam milhares de reais em lucro anualmente – incorreriam no crime de corrupção?

Não se pode negar que a observância de tal fenômeno aponta na direção de uma virada de paradigma¹⁷, que possa também explicar o fenômeno do crime e da criminalização para além das desigualdades sociais.

15 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

16 “*Têm sido escritas bibliotecas sobre singularidade e os muitos atributos notáveis do fenômeno moderno (ocidental) da liberdade. Parece, porém, que, do ponto de vista sociológico, duas das indubitavelmente muitas características diferentes da liberdade não são de especial interesse: a sua relação íntima com o individualismo e sua ligação genética e cultural com a economia de mercado e o capitalismo (o tipo de sociedade definido muito recentemente por Peter L. Berger como ‘produtos de indivíduos empreendedores para um mercado, ou máquinas com o objetivo de obter lucro).* [...]”

O consumo surgiu da nossa análise como a ‘última fronteira’ da nossa sociedade, a sua única componente dinâmica, em constante mutação; na verdade, o único aspecto do sistema que gera os seus próprios critérios de ‘movimento para frente’ e assim pode ser encarado como ‘em progresso’. Pareceu também desempenhar o papel de um para-ratos eficaz que facilmente absorve o excesso de energia que poderia queimar as ligações mais delicadas do sistema, e de uma válvula de segurança oportuna que encaminha os descontentamentos, as tensões e os conflitos continuamente gerados pelos sub-sistemas político e social para a esfera onde podem ser simbolicamente rejeitados e desmantelados”. BAUMAN, Zygmunt. *A liberdade*. Lisboa: Editora Estampa, 1989. p. 60 e 145-146.

17 A respeito do reconhecimento de um novo paradigma, Claudia Cruz Santos já teve a oportunidade de registrar: “*Ao enfraquecer a tradicional correlação entre o desfavorecimento social (maxime, a pobreza) e a delinquência, foi, também, de certo modo abandonado o imperativo de adotar modelos de controle da criminalidade, tradicionalmente associados à intervenção nos meios sociais vistos como menos privilegiados. Na realidade, esta passou a ser vista como uma mera manobra de cosmética destinada a perpetuar o status quo e as desigualdades contra as quais se deveria lutar. E de recusa da intervenção à ideia de que esta é inútil, porque nothing Works, foi um curto passo*”. SANTOS,

Esses ilícitos cometidos por pessoas que não se enquadram no tradicional conceito de criminoso foram denominados *crimes de colarinho branco*, terminologia cunhada pelo criminalista norte-americano Edwin Sutherland¹⁸. Tratam-se dos ilícitos cometido “por respeitáveis ou, no mínimo, respeitados empresários e profissionais liberais”¹⁹.

Inobstante a denominação seja atribuída a Sutherland, quando se manifestou perante a *American Sociological Association* em 1939, SANTOS registra que a ocorrência de crimes cometidos por ricos e poderosos antecede o conceito.

Porém, indica que:

tal concepção foi sempre claramente marginal, se comparada com a visão largamente dominante de que grande parte da criminalidade pode ser explicada pela pobreza dos membros das classes sociais mais desfavorecidas, ideia esta recorrente na primitiva sociologia criminal.²⁰

A nova onda criminalizadora que se revela no país conta com a prisão e condenação de inúmeros sujeitos que se enquadram nessa categoria: não se tratam de pessoas que se encaixariam no popular conceito de criminoso. Definitivamente, não são sujeitos prejudicados pela desigualdade.

São pessoas que estão no topo da cadeia de consumo, e que levam uma vida extremamente confortável e com poucas ou nenhuma limitação. Inobstante isso, acabaram representando um novo contingente criminoso, que está estampando as páginas dos jornais, e alimentando o senso comum teórico²¹.

Não se pode negar que a clientela massiva do sistema penal continua sendo aquela apontada pelos criminólogos críticos. O Ministério da Justiça

Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco. Da Origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 150.

- 18 SUTHERLAND, Edwin. *White collar criminality*. In: *American Social Review*. v. 5. n. 1, 1940. Importante destacar que Edwin Sutherland vem antes da criminologia crítica. Veja-se que o pronunciamento em que apresenta a expressão ocorre em 1939 (FLORES, Marcelo Marcante. *Crimes de colarinho branco e a formação do Direito Penal secundário: o desafio da política criminal contemporânea*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/artigo/22-Crimes-de-colarinho-branco-e-a-formacao-do-Direito-Penal-secundario-os-desafios-da-politica-criminal-contemporanea>. Acesso em: 22 mai. 2019), enquanto o paradigma criminológico crítico pode ser elaborado a partir de Alessandro Baratta, na década de 1990.
- 19 SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. In: *Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. 2014. Disponível em: <http://seer.ufg.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- 20 SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco. Da Origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 39.
- 21 A respeito: WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da Lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

demonstra, empiricamente, que mais de 60% (sessenta por cento) dos presos brasileiros são negros, e que 75% têm grau de escolaridade apenas até o ensino fundamental completo²².

De modo que não existe rechaço às conclusões do paradigma crítico, mas apenas a necessidade de se buscar novas explicações que possam justificar o aumento de perseguições em face de pessoas que não compunham a clientela tradicional.

Impossível negar a potencial existência de um novo paradigma aceitável, no qual existe um aumento de responsabilização de pessoas que não compõem a clássica clientela penal, evidentemente, quando se reconhece o protagonismo que o debate acerca da corrupção tem ganho tanto em âmbito nacional quanto global.

E, o reconhecimento disso dá destaque à necessária reflexão acerca do eventual tratamento desigual entre os *white collar* e os *blue collar criminals*, ao que se manifesta SANTOS:

De forma particularmente expressiva, Nelken refere que, apesar da discussão em torno do *white-collar crime* radicar na suspeição da existência de leis diferentes para os ricos e para os pobres, a demonstração de que a lei é discriminatória em favor dos poderosos é mais complicada do que parece.

Num importante estudo solicitado pelo National Institute of Justice, os investigadores de Yale Wheeler, Weisburd e Bode concluíram, já em 1982, que a condenação de criminosos de colarinho branco é mais provável do que à primeira vista se poderia supor.

[...] Todavia, a grande novidade trazida pelo estudo em apreciação radica na conclusão de que os criminosos de mais elevada posição social são tratados de forma mais severa, pelo menos no que toca à duração da prisão a que forem condenados – o que implica, efetivamente, uma radical transformação do entendimento comum de que os mesmos são sistematicamente beneficiados pelos aplicadores da lei.²³

Com efeito, para utilizar a corrupção como objeto de estudo é imperioso que se reconheça essa particularidade: a de que os seus autores

22 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira*. 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 05 jun. 2017.

23 SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco. Da Origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 64-65.

não são enquadráveis na categoria de criminoso tradicional, identificada pela criminologia crítica; e que sua fenomenologia é diversa.

Tem-se que reconhecer o curso de uma virada de paradigma na qual novas ferramentas de controle e de prevenção, para além da cogência da norma penal, precisam ser pensadas como alternativa, especialmente, em face da potencial falibilidade das operações levadas a cabo nos últimos anos no Brasil, a exemplo do que ocorreu com a Operação Mãos-Limpas na Itália.

Traçada esta linha de largada, a proposta de ferramenta alternativa (ou complementar) à sanção é a utilização de programas de *compliance* para que a partir da sensibilização dos sujeitos seja promovido o cumprimento normativo voluntário e, conseqüentemente, dando-se *enforcement* à legislação anticorrupção.

2 COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE ENFORCEMENT À LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO

O autor português PAULO DE SOUSA MENDES conceitua *compliance* como cumprimento normativo voluntário²⁴. Segundo indica em seu texto paradigma, utilizou como referencial teórico a doutrina alemã a respeito de *criminal compliance*²⁵.

Neste trabalho se escolheu usar o seu conceito, complementado pela ideia de que estar em *compliance* não seria apenas cumprir voluntariamente as normas de um determinado país, mas também os parâmetros éticos que sustentam o convívio em sociedade, e as regras internas à uma organização, que definem seu DNA e seu propósito.

Trata-se, com efeito, de primeiramente avaliar e refletir acerca de quais normas trata o conceito. Se diz respeito tão somente às normas postas pelo Estado, de modo que estar em *compliance* significaria observar as regras de um país, estado ou município; ou se podem ser consideradas as normas internas de uma organização.

Tentar-se-á ilustrar com um exemplo: o direito trabalhista brasileiro indica que é indispensável a utilização de alguns equipamentos de proteção individual para operar determinadas máquinas. Isso é uma regra federal, disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

24 MENDES, Paulo de Sousa. Law Enforcement e Compliance. In: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. PALMA, Mara Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord. Cient.). Portugal: Almedina, 2018.

25 Cf. Nota 1 do texto indicado acima, o marco à conceituação foi o Manual de *Criminal Compliance* do Professor Alemão Thomas Rotsch.

Suponha-se que, em complemento a esta norma federal, uma organização determine, internamente, que após o uso do equipamento cada colaborador deve guardá-lo em seu armário pessoal, evitando que fique sujo ou exposto.

Ela também pode disciplinar que o colaborador está proibido de levar o EPI para fora do ambiente de produção, enfim, inúmeros exemplos podem ser pensados, todos eles desdobramentos ao cumprimento da regra de utilização obrigatória do EPI.

Veja-se que nenhuma das normas internas hipotéticas contraria a lei trabalhista. Sim, pois, parece ser indiscutível que uma norma interna não pode prever uma conduta contrária ao que disciplina a legislação federal.

As normas internas, todavia, complementam o conteúdo do que quer dizer a CLT quando estabelece o uso dos equipamentos. Aprimora seu sentido, prevendo regras de utilização adequada do equipamento, a fim de que tenha melhor vida útil.

Neste diapasão, parece ser possível dizer que o *compliance* não é somente o cumprimento voluntário das normas de um país, mas também das normas feitas pela própria organização para padronizar e aprimorar sua operação.

Um colaborador que utiliza seu EPI, conforme a regra disciplinada pela CLT, mas que, após o uso, deixa ele exposto ou retira ele do ambiente de produção, não pode ser considerado em *compliance*.

Ele estará efetivamente em *compliance* quando observar a obrigatoriedade prevista pela legislação federal, mas também aquela criada pela própria organização para padronizar e aprimorar sua operação.

O descumprimento de uma norma federal, estadual ou municipal pode repercutir na imposição de uma sanção, naturalmente depois de contemplado o devido processo legal, e seus princípios fundantes, e devidamente confirmada a sua ocorrência.

A norma interna à organização também precisará ter a previsão de uma sanção que lhe dê cogência, de modo que, a exemplo do que ocorre quando uma norma federal, estadual ou municipal é descumprida, caso um colaborador ou membro da alta administração aja contrariamente às normas internas da organização, ele sofrerá um processo interno, conduzido por um órgão que precisa ser independente e democrático e que observe o devido processo legal.

Assim, parece ser possível afirmar que o *compliance* é o cumprimento voluntário das normas postas pelo Estado, por meio de seus entes, mas também daquelas criadas pela própria organização.

A respeito do espectro do *compliance* como ferramenta, deve-se registrar a contribuição de RIOS E MACHADO:

Os deveres empresariais advindos dos programas de compliance não estão limitados ao simples atendimento de mandamentos jurídicos, revestindo-se de uma postura inerte convertida em um ‘não fazer’. Ao revés, impõem a obrigação de postura ativa perfectibilizada na instauração de um departamento de controle e vigilância eficiente, o qual, ciente dos riscos da atividade empresarial e atento ao organograma funcional por ela adotado, será o responsável por evitar e neutralizar a prática de ilícitos²⁶.

No mesmo sentido, cogita-se se além de o *compliance* poder ser considerado o cumprimento voluntário de normas postas pelo Estado e internas à organização (ampliando o conceito de norma), possa servir como ferramenta de cumprimento voluntário de valores éticos, que não estejam necessariamente disciplinados pelo sistema jurídico de um país ou o manual de conduta de uma organização.

Trata-se de uma conduta considerada eticamente ruim, mas não considerada crime ou contravenção. Um exemplo trará a elucidação do que se almeja demonstrar.

Não existe uma lei que proíba pessoas com grau de parentesco em trabalharem numa mesma empresa do setor privado²⁷. Suponha-se que duas irmãs são contratadas para trabalhar em um determinado setor da empresa X.

Com o tempo, uma dessas irmãs se destaca e acaba sendo convidada a ocupar a posição de supervisora do setor, possuindo autonomia e autoridade sobre a atividade de seu segmento, e sendo superiora hierárquica de todos os colaboradores que lá laboram.

Caso ela passe a favorecer sua irmã, sendo leniente com atrasos e faltas, designado ela para ocupar funções menos onerosas na operação, etc., não estará necessariamente violando uma norma.

Porém, estará agindo contrariamente ao que se espera em um ambiente empresarial ético, em que todos devem se tratar com isonomia material, e sem favorecimentos pessoais.

Com efeito, parece ser possível cogitar que estar em *compliance* ou ser *compliant* transcende o cumprimento voluntário normativo, ingressando na seara de observância dos hábitos e costumes que são eticamente vantajosos e esperados em um ambiente empresarial saudável.

26 RIOS, Rodrigo Sanchéz; MACHADO, Allian Djeice Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do whistleblowing. In: *RBCCRIM*, n. 137, 2017. p. 99.

27 No setor público há a previsão do nepotismo, portanto o exemplo não serve para o âmbito público.

Reconhecendo o aspecto de observância de princípios corporativos éticos, é possível consignar a contribuição de RIOS e ANTONIETTO:

A própria definição de compliance, entendida como um conjunto de medidas pelas quais as empresas buscam garantir o cumprimento das regras vigentes, relacionadas com a sua atividade, bem como observar princípios de ética e integridade corporativa, corrobora esse entendimento inicial²⁸.

Notadamente quando se parte da ideia de *compliance* material ou efetivo, não se pode negar que deve ser a incorporação de uma cultura de conformidade.

Não se trata, portanto, apenas de cumprir as normas; mas de compreender a importância de seu conteúdo, e o porquê da sua existência. Somente assim estar-se-á em um ambiente *compliant*; e, do contrário, o simples decurso do tempo e esfriamento da ideia vai fazer com que hábitos e rotinas inicialmente eliminadas voltem a ser reproduzidas.

Ademais, também deve-se reconhecer o papel de gestão que o *compliance* desempenha em uma organização, já que um dos principais atos do processo de implantação é a identificação e graduação dos riscos, a partir de parâmetros como o COSO.

Com a ciência dos riscos a organização pode estabelecer qual seu apetite ao risco, e o que, embora arriscado do ponto de vista legal, de mercado, financeiro, etc., prefere assumir a partir de seu planejamento estratégico.

O escopo deste artigo, no entanto, é analisar a ferramenta *compliance* do ponto de vista jurídico, à medida que se ocupa de estabelecer se pode se consolidar como meio de *enforcement* à legislação anticorrupção.

Com efeito, reconhecido o aspecto de gestão, que se apresenta notadamente na consolidação do apetite ao risco (e da tomada de medidas específicas no sentido de combater objetivamente aqueles riscos que se decidiu eliminar), deve-se retornar ao aspecto de efetividade normativa que o *compliance*, ao que tudo indica, pode revelar.

Portanto, ampliando positivamente o conteúdo do conceito escolhido como referencial, parece ser possível dizer que *compliance* significa o cumprimento voluntário de normas feitas pelo Estado, também daquelas criadas internamente para aprimorar e padronizar a operação de uma determinada organização; e que é o cumprimento dos costumes que são esperados em um ambiente empresarial saudável.

28 RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. In: *RBCCRIM*, n. 114, 2015, p. 342.

Ademais, deve-se reconhecer que também é uma ferramenta estratégica e de gestão empresarial, ao passo que auxilia na consolidação dos limites da organização quanto ao seu apetite ao risco.

Tudo isso mirando para a necessidade de se trabalhar uma efetiva virada de paradigma organizacional, alterando rotinas e hábitos perpetuamente, pela natural mudança cultural que a implantação de um programa efetivo de *compliance* oportuniza.

Sendo ele uma ferramenta popularmente relacionada à iniciativa privada, como poderia o *compliance* ser aproveitado pelo Poder Público?

Aqui se propõe duas frentes de efetividade: estabelecendo controles internos aos seus agentes e mitigar atos de corrupção e estimulando organizações a implantar programas efetivos.

3 PROPOSTA DE ROTINAS QUE PODEM SER IMPLEMENTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA DAR ENFORCEMENT À LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO

Parece haver duas frentes possíveis à administração se quiser dar *enforcement* à legislação anticorrupção por meio do *compliance*. A primeira é a implantação de programas nos próprios órgãos da administração, aumentando seu controle interno e dando o exemplo.

A segunda seria o estímulo à implantação de programas de *compliance* por organizações privadas, a partir do reconhecimento do esforço e da entrega de benefícios àquelas organizações que demonstrarem estar comprometidas com um programa efetivo.

3.1 INTERNAMENTE: CRIANDO FRAMES DE COMPLIANCE QUE O CONSOLIDEM COMO EXEMPLO

A administração pública pode atuar como referência aos padrões adequados de conformidade, dando o exemplo.

Se houver iniciativa de criação de ferramentas de controle interno que inibam atos de corrupção pelos servidores públicos, isso poderá ser utilizado por organizações privadas como referência de padrão adequado.

Algumas rotinas que podem ser implementadas neste sentido são:

- **Tornar pública a agenda do gestor:** manter uma agenda pública no site da instituição que indique os compromissos públicos de cada gestor e as pessoas que estarão participando deles. Isso dá transparência à atividade do gestor público.

- **Sempre manter contato com terceiros acompanhado:** ao receber pessoas em gabinete, importante criar a rotina de convocar um servidor que acompanhe as reuniões. E uma versão mais efetiva pode-se pensar em gravar as conversas havidas com terceiros, principalmente líderes de grandes organizações que possam estar discutindo interesses de sua classe.
- **Registrar por escrito ou exigir solicitação por escrito quanto a reuniões:** é igualmente conveniente estimular que sempre que alguém quiser solicitar agenda com o gestor público o faça por escrito (e-mail). Além de dar transparência, ajuda na gestão da agenda pública (torna mais fácil manter o controle de divulgação para que seja eficiente).
- **Pauta e atas:** toda reunião que envolva ente público deve ser registrada em uma ata e precisa ter objetividade e transparência quanto aos temas que serão debatidos, por isso é igualmente importante criar o hábito de fazer pautas.
- **Gravar atos comunicacionais:** como já indicado, gravar conversas e reuniões é uma ferramenta importante para inibir o oferecimento de vantagem. Se o gestor mantiver essa rotina e sempre informar ao seu interlocutor no início da conversa que ela está sendo gravada, torna-se praticamente impossível seja-lhe oferecida vantagem.

Outra medida que dá credibilidade à administração pública e promove a conformidade é a implantação de rotinas de controle externo a ser conduzido até mesmo por auditoria privada (sujeito externo ao ente público).

Isso evita que se fique apenas no espectro da autotutela. Como ter certeza de que o gestor está cumprindo as regras de transparência estabelecidas pelo seu órgão se ele é o único a *se fiscalizar*?

Para a implantação de um programa efetivo no âmbito do Poder Público, importante se atentar às suas etapas (quase as mesmas que se desenvolvem na implantação de programas no setor privado):

- **Consolidação da matriz de riscos:** a matriz registra quais são os principais riscos a que o órgão está sujeito. Naturalmente um deles é a suscetibilidade de seus servidores serem aliciados por pessoas físicas e jurídicas para que recebam vantagem.
- **Administração pública não pode eleger apetite ao risco:** diferentemente das empresas privadas, a administração não tem a prerrogativa de eleger apetite ao risco. O apetite estabelece

quais são os riscos que a organização está disposta a correr. Trata-se de algo que só encontra coerência quando no âmbito privado, no âmbito público impossível cogitar da eleição de riscos estruturais que possam ser assumidos.

- **Criação de Manual:** o manual serve como base à previsão das rotinas ideais do ponto de vista da transparência e conformidade. Inclusive aquelas indicadas acima (agenda pública, gravação de atos, pautas e atas, etc.). Ele é também o material onde será previsto o processo interno e as sanções que podem ser aplicadas aos que descumprirem suas determinações.
- **Criação de Comitê para a gestão do Manual:** os desvios ao manual precisam ser processados com atenção ao devido processo legal. Para isso, a melhor maneira é estruturar um comitê que faça a gestão do cumprimento do manual. É importante que esse comitê dê representatividade a todos os segmentos da organização. Ele não pode ser protecionista aos gestores primários.
- **Canal de denúncia gerida pelo Comitê, que não tem subordinação ao gestor público:** o canal de denúncia precisa estar em conformação com o modelo disseminado internacionalmente, notadamente quanto à autorização ao anonimato. Somente assim todos ficarão seguros e confortáveis de usá-lo para reportar superiores hierárquicos. Como ponderado acima, os reportes recebidos pelo canal serão geridos pelo Comitê.

Além dessas medidas internas, a Administração Pública pode ainda promover o *compliance* como um valor às organizações, concedendo vantagens àquelas empresas que demonstrem possuir programa efetivo.

3.2 ESTABELECEER BENEFÍCIOS AOS GESTORES QUE IMPLEMENTAREM PROGRAMA EFETIVO EM SUAS ORGANIZAÇÕES – DISTINÇÃO DE TRATAMENTO PELA OCUPAÇÃO NA CRIAÇÃO DE FERRAMENTAS DE CONTROLE DE RISCO E RECHAÇO AO RESULTADO

Além de promover medidas internas no intuito de controlar a ação de seus servidores, a Administração Pública também pode contribuir para a consolidação do *compliance* como ferramenta de *enforcemet* à legislação anticorrupção propondo benefícios que estimulem a prática de implementar programas efetivos nas organizações privadas.

Para isto, deve-se definir de antemão (*fair-play*):

- Quais são os parâmetros avaliados quando da análise da efetividade: p.ex. qualidade do manual, efetivo compromisso da alta diretoria e avaliação da sua atuação junto ao programa, número de reportes ao canal de denúncia, etc.
- Quem vai fazer essa avaliação: o próprio órgão de controle ou uma auditoria escolhida pelo órgão de controle?

Outra iniciativa que parece interessante é a previsão da implantação de programa de *compliance* efetivo como requisitos aos acordos penais e com efeitos penais (colaboração premiada, leniência, termos de ajustamento de conduta e, no âmbito concorrencial, termos de cumprimento de cessação).

Aqui também é essencial que se preveja no acordo os pilares para que se considere um programa efetivo (*fair pla*): compromisso da diretoria, credibilidade da matriz de riscos, consistência do manual, avaliação de indicadores (participantes em treinamentos, número de reportes ao canal de denúncia), etc.; bem como quem vai fazer essa avaliação – próprio órgão proponente/celebrante ou auditoria externa (e em quais termos).

Vale lembrar que este acordo deve ser tratado como lei entre as partes, de modo que a Administração precisa respeitar seus termos quanto aos eventuais critérios preestabelecidos, bem como entrega do benefício acordado.

De outro modo, cairá em descrédito a implantação dos programas e as organizações vão perceber que não há garantia real de cumprimento efetivo pelo outro lado (o que pode motivá-lo a igualmente descumprir seus termos).

Algumas outras vantagens, por exemplo de caráter fiscal, poderiam ser pensadas a fim de motivar organizações a implantar programas de *compliance*. Redução da alíquota de determinados impostos federais quando demonstrada a existência de programa efetivo (e dos seus resultados).

Ou mesmo a entrega de vantagens mais relevantes àquelas organizações que forem consideradas referência de conformidade, por exemplo as que eventualmente alcançarem o selo pro-ética²⁹.

4 CONCLUSÕES

A análise ora proposta parte da premissa de que a simples existência de sanções ao descumprimento da norma penal incriminadora que prevê o ilícito de corrupção não está sendo ferramenta eficiente em promover uma virada de paradigma que diminua os casos de corrupção no Brasil e que lhe deem mais credibilidade do ponto de vista global.

²⁹ Fonte: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>

Para servir de suplemento à criminalização da corrupção, propõe-se a utilização do *compliance* como ferramenta de *enforcement* da legislação anticorrupção.

Tanto no sentido de evitar que servidores públicos solicitem vantagem – mediante a criação de programa de *compliance* adaptado ao ente público; quanto no de estimular que organizações privadas implementem programas efetivos em troca de benefícios.

Algumas rotinas foram propostas ao programa de *compliance* na Administração Pública como a divulgação das agendas dos gestores, atendimento externo mediante a participação de um fiscal e até mesmo gravação das conversas havidas – principalmente aquelas que tenham temas mais delicados.

Deve-se enfatizar, outrossim, que uma das principais distinções entre programas de *compliance* a serem implementados no setor público e no privado é que na Administração Pública não se pode cogitar da assunção do risco (definição de apetite). A Administração não teria o arbítrio de assumir a concretização do risco, diferente do que ocorre com empresas privadas³⁰.

Quanto ao estímulo ao desenvolvimento de empresas no setor privado, poderia vir por meio de termos de ajustamento de conduta, acordos de colaboração premiada, leniência e termos de cumprimento de cessação.

Em qualquer caso tem que se levar em conta o *fair play*, as regras do jogo têm que estar claras no acordo e ambas as partes (Estado e particular) têm que se comprometer efetivamente ao cumprimento das suas atribuições.

Caso haja descumprimento por parte do Estado, a iniciativa cairá em descrédito quanto às efetivas vantagens de se ocupar e investir na implantação de programa de *compliance*.

Essas são algumas conclusões parciais que parecem confirmar a hipótese de que a utilização comprometida do *compliance* pode acarretar bons resultados quanto a dar efetividade à legislação anticorrupção.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan. 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2013.

³⁰ Naturalmente quando isso não signifique a concretização de uma ilegalidade. Não se pode definir o descumprimento da lei em uma política de apetite ao risco.

BARREIROS, Gustavo Alem. *Estatísticas criminais brasileiras como evidências empíricas: um estudo comparado ao modelo alemão*. 2015, fl. 95. Trabalho de conclusão de curso orientado pelo Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz, (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/advogados001/Downloads/GustavoAlemBarreiros.pdf>.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Sygmunt. *A liberdade*. Lisboa: Editora Estampa, 1989. p. 60 e 145-146.

COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un figlio su mani pulite*. Milão: Garzanti, 2015.

DE CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FLORES, Marcelo Marcante. *Crimes de colarinho branco e a formação do Direito Penal secundário: o desafio da política criminal contemporânea*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/artigo/22-Crimes-de-colarinho-branco-e-a-formacao-do-Direito-Penal-secundario:-os-desafios-da-politica-criminal-contemporanea>.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 29-30.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.

MACEDO, Roberto F. de. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite (mãos limpas)*. Disponível em: <https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/187457337/consideracoes-sobre-a-operacao-mani-pulite-maos-limpas>. Acesso em: 22 jun. 2019.

MENDES, Paulo de Sousa. Law Enforcement e Compliance. In: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. PALMA, Mara Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord. Cient.). Portugal: Almedina, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira*. 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 05 jun. 2017.

REVISTA DIREITO GV, n.º 13, São Paulo: jan/jun 2011, p. 75 e ss. Disponível em: <file:///C:/Users/advogados001/Downloads/24041-43686-1-PB.pdf>.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do whistleblowing. In: *RBCCRIM*, n.º 137, 2017, p. 99.

RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. In: *RBCCRIM*, n.º 114, 2015, p. 342.

SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco. Da Origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 150.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance e direito penal na era pós Lava-Jato. In: *Revista dos Tribunais*, ano 106, v. 979, maio 2017. p. 33-34

SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. In: *Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, 2014. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>. Acesso em: 05 jun. 2017.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table. Acesso em: 22 jun. 2019.

<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da Lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

DESAFIOS DO COMBATE A
CORRUPÇÃO PELA IDENTIFICAÇÃO DO
ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS AGENTES
PÚBLICOS FEDERAIS NO BRASIL

*CHALLENGES OF COMBATING CORRUPTION BY
IDENTIFYING THE ILLICIT ENRICHMENT OF FEDERAL
PUBLIC AGENTS IN BRAZIL*

Rodrigo Fernando Machado Chaves

*Mestre em Direito e Desenvolvimento (FGV), Pós Graduações em Direito
Constitucional (ESDC), Direito Processual Civil (EPGE/SP) e MBA Executiva em
Gestão Pública (FGV). Procurador Federal da AGU.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O enriquecimento ilícito no cenário mundial; 2 O combate à corrupção através da identificação do enriquecimento ilícito no Brasil; 3 Dos elementos constitutivos do enriquecimento ilícito. 4 Do foco nos maiores valores; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo busca apresentar um panorama do combate a corrupção pela identificação do enriquecimento ilícito dos agentes públicos, com fundamento no inciso VII do artigo 9º da Lei 8.429/92. Com este objetivo, o texto é apresentado no contexto do combate à corrupção e sua importância no desenvolvimento do país. Após, demonstro o atual estágio de desenvolvimento dos modelos de transparência patrimonial, enumerando suas características e sua maior notoriedade de detecção quanto maior for o enriquecimento perpetrado pelo investigado. Ao final, verifico que, embora se trate de um instrumento poderoso de combate à corrupção, a investigação patrimonial ainda carece de maior reflexão e aprimoramento de sua implementação no sistema brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Enriquecimento Ilícito. Combate à Corrupção. Elementos do Enriquecimento Ilícito. Ônus da Prova.

ABSTRACT: This article seeks to present an overview of the fight against corruption by identifying the illicit enrichment of public agents, based on item VII of article 9 of Law 8,429 / 92. To this end, the text is presented in the context of combating corruption and its importance in the country's development. Afterwards, I demonstrate the current stage of development of equity transparency models, listing their characteristics and their greater awareness of detection the greater the enrichment perpetrated by the investigated. In the end, I note that, although it is a powerful instrument to fight corruption, heritage research still needs further reflection and improvement of its implementation in the Brazilian system.

KEYWORDS: Illicit Enrichment. Fight Against Corruption. Elements of Illicit Enrichment. Burden of Proof.

INTRODUÇÃO

A corrupção é um fenômeno de múltiplas causas e efeitos (MAURO, 1997), sendo que, no caso do Brasil, as evidências demonstram que, por um conjunto de fatores, tornou-se elemento natural de sua configuração sócio-política-econômica, criando um “capitalismo de laços”¹ que prejudica não apenas o desenvolvimento, mas todo o processo democrático, já que as decisões políticas que norteiam o sistema jurídico são fundadas em um sistema maculado desde a origem.²

Não são poucas as leis e decretos que tratam do combate à corrupção, todavia, em que pesem os esforços normativos para tratar do tema, continua a figurar como um dos principais desafios das instituições públicas e da sociedade.

Conforme demonstra o índice de percepção da corrupção, produzido pela Transparência Internacional, em 2019³ o Brasil ocupa a 106^a colocação entre 180 países avaliados.⁴

Ou seja, os índices de corrupção não caíram pelo aumento do controle, pois as amarras estabelecidas pela burocracia do controle não conseguem

1 O conceito apresentado por Sérgio G. Lazzarini resume bem a sistematização econômica da corrupção e como ela se tornou ínsita ao sistema vigente no Brasil “quando se fala em favorecimento e oportunidades diferenciais induzidas por conexões entre empresas e Estado, já vem à mente a ideia de corrupção: ações ilícitas, não referendadas por lei, que envolvem suborno em troca de benefícios privados. Na sua forma mais extrema, relações clientelistas enquadram-se nesta definição. Pagamentos a oficiais do governo na tentativa de vencer uma licitação pública ou garantir a recorrência do contrato mesmo quando existem melhores prestadores de serviço são transações explícitas de favorecimento. Entretanto, em muitos casos, fica difícil traçar a linha que separa o que é corrupção e o que é simplesmente um ato legítimo para lidar com questões habituais na interface empresa-governo. Muitos empresários, na verdade, enxergam as doações na campanha a políticos como uma forma de se protegerem contra ações discriminatórias ou disfunções da máquina estatal” (LAZZARINI, 2011, p.52).

2 Não cabe aqui a ponderação acerca da necessária reforma política no sistema brasileiro, bastando mencionar que a forma como se organiza o controle patrimonial de agentes políticos no Brasil é contraproducente ao desenvolvimento da transparência da máquina pública. Sobre a possibilidade de implantação de mecanismos mais eficientes de controle democrático do Poder Legislativo dentro do escopo patrimonial do controle, é significativa a contribuição do estudo da FGV/Rio sobre a efetivação de instrumentos de controle da evolução patrimonial dos agentes políticos que atuam em matéria legislativa, inclusive como forma de implementar uma democracia mais efetiva. No estudo, a consideração da evolução patrimonial é realizada de acordo com as declarações efetuadas pelos candidatos a Justiça Eleitoral. (MICHAEL; FRANCE; SCOVINO; CARABETTA, 2018, p. 39 a 78).

3 No ano de 2019 a transparência internacional também publicou o barômetro global da corrupção para América Latina e Caribe, onde apontou em relação ao Brasil, considerando os últimos 12 meses, que 54% da população acham que a corrupção piorou, 11% pagaram suborno para acessar algum serviço público, 20 % sofreram ou conhecem alguém que sofreu extorsão sexual e 40% receberam oferta de suborno por troca de votos. Disponível em: <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1>>. Acesso em: 26 nov. 2019. p.37.

4 Acompanhando a série histórica, nota-se que a pontuação, que indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, onde 0 significa que o país possui um alto nível de corrupção e 100 significa que o país é considerado muito íntegro, foi de 35 pontos, mantendo a sua pior pontuação histórica, atingida no ano de 2019. [...] Disponível em: <https://ipc.transparenciainternacional.org.br/?utm_source=WhatsApp&utm_medium=listas-de-transmissao&utm_campaign=lançamento>. Acesso em: 24 jan. 2020.

detectar e combater todas as formas de corrupção possíveis, e carecem de uma reflexão profunda sobre os reais efeitos que produz.

Reverter essa situação exige alteração de comportamento, deixando a postura de intimidação do agente público e de burocratização das rotinas, para enfrentar o problema de frente, olhando para suas raízes e consequências, as quais nem sempre devem ser confrontadas de forma direta, senão pela articulação mais racional de atuação, como é a estratégia de identificação do enriquecimento ilícito.

Essa importância decorre da lógica de que corrupção, muitas vezes, tem como única referência tangível o dinheiro, que muda de mãos entre o funcionário corrupto e seu parceiro no crime, caracterizando o enriquecimento como a sua manifestação mais visível. (MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, 2012, p.23).

É nesse contexto que o presente artigo se ocupa, que é demonstrar como se comporta o sistema de detecção de enriquecimento ilícito de agentes públicos, com base no inciso VII do artigo 9.º da Lei 8429/92, para o combate a corrupção e como estabelecer uma política pública efetiva dos sistemas de detecção.

1 DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO CENÁRIO MUNDIAL

O combate à corrupção através da identificação do enriquecimento ilícito não é novidade no cenário mundial, sendo que, para o estudo dessa matéria são oportunos os trabalhos desenvolvidos no âmbito da iniciativa STAR (*Stolen Asset Recovery Initiative*)⁵, elaborados em conjunto pelo Banco Mundial e o Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crimes, que, reconhecendo a importância do tema, bem como a ausência de linha doutrinária que oriente os países nesta matéria, realizaram diversos estudos voltados a recuperação de ativos e transparência patrimonial de agentes públicos.

5 STAR é uma iniciativa que trabalha com o desenvolvimento dos países e centros financeiros para impedir a lavagem do produto da corrupção e facilitar o retorno mais sistemático dos bens roubados. Como resultado, produziu vários títulos voltados a recuperação de ativos e combate ao enriquecimento ilícito, tais como “Recuperação de ativos roubados: um guia de boas práticas para confisco de ativos não baseados em condenação” por Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel, Wingate Grant e Larissa Gray (2009, tradução livre); “Manual de Recuperação de Ativos: Um Guia para Profissionais” por Jean-Pierre Brun, Larissa Gray, Clive Scott e Kevin Stephenson (2011, tradução livre); “Barreiras à recuperação de ativos: uma análise das principais barreiras e recomendações para Ação” por Kevin Stephenson, Larissa Gray e Ric Power; “Os mestres das marionetes: como os corruptos usam estruturas legais para ocultar ativos roubados e o que fazer sobre isso” por Emile van der Does de Willebois, J.C. Sharman, Robert Harrison, Ji Won Park e Emily Halter (2011, tradução livre); “Cargo público, interesses privados: prestação de contas por meio da divulgação de renda e ativos” (2012, tradução livre); “Em ação: criminalizando o enriquecimento ilícito para combater a corrupção” por Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias e Tammar Berger (2012, tradução livre) e “Obtendo uma transparência completa dos funcionários públicos” de Ivana M. Rossi, Laura Pop e Tammar Berger (2017, tradução livre), entre outros.

Dentre os títulos produzidos neste projeto, destaca-se o ‘guia’ elaborado por Ivana M Rossi, Laura Pop e Tammar Berger “Conhecendo o panorama completo dos funcionários públicos: um guia prático para uma divulgação financeira eficaz” onde ressaltam como a transparência patrimonial dos agentes públicos é capaz de desempenhar papel central na promoção da responsabilidade, integridade e comportamento ético no setor público, ao mesmo tempo, atuando como elo fundamental da cadeia anticorrupção. (ROSSI, I. M.; POP, L.; BERGER, 2017, tradução livre).

Importante ressaltar que o conceito de transparência patrimonial no âmbito da iniciativa STAR, possui objeto amplo, englobando o enriquecimento ilícito e o conflito de interesses, de forma mais coordenada que a sistemática brasileira, onde, embora relacionados, os institutos são tratados separadamente nas Leis 8429/92 (LIA) e 12.813/13 (Lei de conflito de interesses).

Para esta abordagem, o enriquecimento ilícito e o conflito de interesses são manifestações da transparência patrimonial do Estado, visto sob o recorte dos agentes que o compõe. Traduz-se, por um subsistema de transparência do Estado, representando que os agentes públicos devem demonstrar a regularidade não apenas da proporcionalidade da renda, mas também de quem recebem tais valores. (ROSSI, I. M.; POP, L.; BERGER, 2017, p.2)⁶.

Para os autores, a identificação do enriquecimento ilícito passa pela edificação de um sistema de divulgação financeira dos agentes públicos, que começaram a aparecer na década de 1950 e, lentamente, ganharam impulso na década de 1970, após o escândalo de corrupção Watergate nos Estados Unidos (ROSSI, POP e BERGER, 2017, p.8).

Todavia, depois de anos de crescimento modesto, nas últimas três décadas, a adoção de métodos de divulgação financeira de agentes públicos passou a crescer de forma mais significativa. (ROSSI, POP e BERGER, 2017, p.8)⁷.

Este crescimento exponencial experimentado a partir do ano 2000 pode ser explicado pela multiplicação de acordos internacionais, que

6 Considerando o objeto de pesquisa tratado se delimitar pelos indicadores patrimoniais de enriquecimento ilícito, não aprofundo o conceito de conflito de interesses previsto na Lei 12.813/13. Para este momento da pesquisa, basta ter em mente que o conflito de interesses é a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública.

7 O estudo teve como objeto a análise das legislações de 176 países entre os anos de 2007 a 2017. Das 176 jurisdições analisadas, 161 possuem um sistema de divulgação de rendimentos de agentes públicos. A partir desta constatação, foram selecionados 52 países, determinados entre aqueles que possuem maior foco em práticas de divulgação, para análise mais detalhada dos procedimentos adotados para escolha de divulgações financeiras, o uso da tecnologia para submissão e acompanhamento das divulgações, o acesso as informações pelos órgãos públicos e as abordagens de monitoramento. (ROSSI, I. M.; POP, L.; BERGER, 2017, p.4).

passaram a indicar a existência de métodos de monitoramento e investigação da renda dos agentes públicos como um importante instrumento de combate à corrupção.

Um dos principais marcos normativos ocorreu em 2003 com a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção⁸, que previu, em seu artigo 8, parágrafo 5 que:

Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios.

O resultado deste empenho global no combate ao enriquecimento ilícito foi o aumento significativo dos países que passaram a prever algum instrumento de declaração de rendas de agentes públicos e o desenvolvimento de sistemas de controle.

2 DO COMBATE À CORRUPÇÃO ATRAVÉS DA IDENTIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO BRASIL

Embora o Brasil não tenha criminalizado o enriquecimento ilícito a partir das convenções internacionais referidas, consolidou o entendimento da autonomia do enriquecimento ilícito como conduta a ser perseguida no combate à corrupção.

Já em 1992, a Lei 8.429 previu, no inciso VII do artigo 9.º, dentre outras condutas, como ato de improbidade administrativa, a conduta de adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

Em 1993, a Lei 8.730, que tratou da obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estabelece que o Tribunal de Contas da União (TCU) manterá, em registro próprio, os bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas⁹, exercendo o controle da

8 Firmada em Mérida, México, em 2003, já aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005; e do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

9 É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo essa, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados: i - Presidente da

legalidade e legitimidade desses bens e rendas, com apoio nos sistemas de controle interno de cada Poder.

Porém, o mecanismo prático necessário ao acesso dos dados financeiros dos agentes públicos somente foi concretizado através do Decreto 5483, de 30 de junho de 2005, que determinou a forma como deve ser realizada a declaração dos bens e valores do agente público, bem como sua atualização.

Conforme estabelecido pelo referido Decreto, os agentes públicos atualizarão, em formulário próprio, anualmente e no momento em que deixarem o cargo, emprego ou função pública, a declaração dos bens e valores, com a indicação da respectiva variação patrimonial ocorrida.

Pela redação prevista no Decreto, não foi criado um ente ou órgão central dentro da Administração para a gestão das informações prestadas na declaração, devendo a declaração ser prestada a autoridade hierárquica respectiva do agente público declarante.

O artigo 7.º do Decreto, por sua vez, prevê que a Controladoria-Geral da União poderá, sempre que julgar necessário, analisar a compatibilidade da declaração com os recursos e disponibilidades que compõe o patrimônio, na forma da Lei 8.429/92, não estabelecendo a guarda das informações.

Outra previsão importante constante do Decreto 5483, foi a necessidade de atualização anual da informação, pois a detecção da evolução patrimonial não é um procedimento linear, mas sim um “loop de *feedback*”, com cada elemento patrimonial influenciando no outro em um período longo de tempo (ROSSI, I. M.; POP, L.; BERGER, 2017, p.70).

Posteriormente, a Portaria Interministerial MP/CGU 298, de 06 de setembro de 2007 complementou a orientação, determinando que o agente público deve autorizar o acesso direto suas informações fiscais ou, caso não promova a autorização, apresente, anualmente, em papel, declaração de bens e valores que compõe o seu patrimônio privado.

O esclarecimento previsto na Portaria interministerial foi importante para o determinar a ordem da opção a ser realizada pelo agente público, já que a sistemática anterior, embora já constitua um avanço, ainda tornava o gerenciamento e análise de milhares de documentos físicos acobertados por

República; ii - vice-presidente da república; iii - Ministros de Estado; iv - Membros do Congresso Nacional; v - membros da Magistratura federal; vi - membros do Ministério Público da União; vii - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos poderes da União. Sobre o tema, ressalta-se recente decisão do STF na Pet3240, onde ficou determinado que os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Assim, fica superada a decisão STF proferida na Reclamação 2.138/DF que havia declarado que os agentes políticos passíveis de responder por crime de responsabilidade, na forma prevista no art. 102, I, “c”, da Constituição Federal, e na Lei 1.079/1950, não se sujeitavam às disposições da Lei 8.429/1992.

sigilos legais, tarefa quase impossível aos órgãos de controle, pois a inércia do agente público em formalizar a autorização impedia o acesso direto.

Com a inversão da opção para, primordialmente, ser aproveitada a declaração fiscal digital e, alternativamente, um meio físico, foi possível o gerenciamento dos dados de forma mais sistêmica e introduzir técnicas de investigação patrimonial, baseadas em métodos contábeis indiretos de prova.

3 DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Observando os principais regramentos relativos a enriquecimento ilícito, em outro relevante estudo realizado dentro da iniciativa STAR, Lindy Muzila, Michele Morales, Marianne Mathias e Tammar Berger, em texto que analisa a criminalização do enriquecimento ilícito, estabelecem cinco elementos-chave para sua identificação¹⁰, quais sejam: o sujeito, o período de interesse, o aumento desproporcional dos ativos (conduta), o dolo (incluindo conscientização ou conhecimento) e a ausência de justificativa da proporcionalidade da renda (MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, 2012, p. 11, tradução livre).

Iniciando a análise destes elementos pelos sujeitos a investigação por enriquecimento ilícito, nos termos do artigo 9.º, inciso IX da Lei 9429/92,¹¹ pode ser investigado pela referida improbidade qualquer pessoa que receba qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade, cuja criação ou custeio, o erário haja

10 Os elementos identificadores do enriquecimento ilícito apontado no trabalho dos autores se refere a uma tipologia sancionatória, com aplicação ampla ao instituto, já que partem da ressalva que os países em geral adotaram sistemas diferentes para apenar o enriquecimento ilícito. Alguns deles direcionaram esforços para a criminalização da conduta, outros, estabeleceram legislações identificadas como infrações cíveis e administrativas. Independentemente da natureza da penalidade aplicada, as disposições legais identificadoras da conduta geralmente se baseiam em disposições que diminuam ou revertam, total ou parcialmente, o ônus da prova para a acusação. No Brasil, adotou-se um sistema diverso, incluindo o enriquecimento ilícito na Lei de Improbidade Administrativa, com efeitos que vão além da mera multa e indenização cível. (MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, 2012, p.29).

11 Sobre a abrangência do poder disciplinar sobre os agentes públicos, é necessário ressaltar os termos do Parecer AGU GQ-35, de 18 de outubro de 1994, vinculante para a Administração Pública Federal, que restringe a aplicação da Lei n. 8.112, de 1990 ao servidor público, legalmente investido em cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 2º e 3º. Portanto, os dispositivos não alcançam os titulares de cargos de natureza especial, tais como os titulares dos cargos de Ministro de Estado, pois não se submetem a positividade do regime jurídico dos servidores públicos federais, no que se refere aos deveres funcionais, cuja inobservância acarreta a penalidade administrativa. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8206>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Também incide sobre aquele que praticar atos de improbidade contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.¹²

Nesse sentido, não alcança os particulares, mesmo que o patrimônio seja conjunto, devendo a investigação solicitar judicialmente eventual quebra de sigilo fiscal em face de filhos ou cônjuges do acusado.

No que se refere ao período de interesse, é intervalo de tempo ao qual deve se referir a responsabilização do enriquecimento ilícito, cujo entendimento irá depender da coincidência ou não da possibilidade do enriquecimento com o exercício do cargo público.

Nesse sentido, a primeira possibilidade de demarcação temporal do enriquecimento ilícito pelas autoridades, é da concomitância de sua determinação com período em que o agente público está exercendo o cargo público.

MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, citam como exemplos desta sistemática mais estaque de verificação do enriquecimento ilícito os sistemas existentes no Chile e em El Salvador, que delimitam a averiguação patrimonial ao período estrito em que o agente público exerce suas funções¹³.

O sistema da contemporaneidade da investigação ao exercício do cargo, embora ofereça maior segurança jurídica a imputação, abre a possibilidade do funcionário público que pretenda praticar um ato de corrupção, adiar o recebimento dos valores ilícitos para data posterior àquela em que deixar o cargo.¹⁴

12 Neste trabalho, por opção metodológica, delimitamos nosso estudo neste texto aos agentes públicos submetidos a Lei 8.112/90, em especial pela possibilidade de acesso direto, anualmente, às declarações de renda.

13 “O Chile, por exemplo, torna o enriquecimento ilícito aplicável a um funcionário público ‘que durante seu mandato’ recebe enriquecimento substancial e injustificado, limitando assim as investigações a funcionários públicos que possam ter sido enriquecidos enquanto estavam no cargo. Em El Salvador adota-se uma limitação geral, especificando que o enriquecimento ilícito só pode ser presumido quando o aumento em ativos ocorre ‘a partir da data em que o funcionário assumiu o cargo até o dia em que parou suas funções’” (MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, 2012, p.34, tradução livre)

14 Importante registrar os efeitos da Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, regulamenta o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego, determinando que, em alguns cargos, previstos no art. 2.º, pelo período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral

Outra possibilidade de demarcação temporal da possibilidade de reconhecimento do enriquecimento ilícito é a delimitação da investigação a um determinado período de tempo previamente estabelecido.¹⁵

Por fim, outros países adotaram um sistema diverso, deixando em aberto a determinação do enriquecimento, para delimitar a atuação apenas sob o aspecto funcional da evolução patrimonial do agente público independentemente do momento em que ocorreu, sem delimitar um período objetivo do prazo¹⁶.

Esta possibilidade, implica em outros problemas de implantação, em especial a insegurança jurídica e a imposição de transparência patrimonial do agente público para um período em que exerce atividades privadas, alargando essa possibilidade excepcional violação de sigilos legais a um período sem vínculo público.

No caso do Brasil, o dever de transparência patrimonial e declarações anuais somente é exigível dos agentes públicos da ativa, de forma que os agentes públicos, que não mais exerçam funções públicas, não são passíveis de verificação da evolução patrimonial de sua renda com base em declarações prestadas.¹⁷

Esta afirmação não implica em qualquer dedução de não incidência do artigo 9.º da LIA como um todo, senão, apenas, o seu inciso VII, que delimita a proporcionalidade da renda do agente público ao período compreendido no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública.

Eventual conduta de enriquecimento ilícito, em que se identifiquem pagamentos realizados após o término do período em que o agente público estava no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, tem-se como eventualmente enquadráveis nos demais dispositivos do artigo 9.º, com o ônus da prova da ilicitude do recebimento à Administração.

Por outro lado, observe-se que, embora esteja relacionado a um período compreendido entre a data de ingresso e o desligamento ou aposentadoria do agente público, a investigação patrimonial pode ocorrer em data muito posterior ao enriquecimento.

da União. O referido normativo, todavia, não se aplica como regra geral do serviço público, senão apenas a cargos mais altos, que tenham acesso a informações privilegiadas (arts. 2.º e 3.º).

15 A Argentina, Colômbia e o Panamá são exemplos desta sistemática. Nestes países foi estabelecido um período de interesse em investigar de dois a cinco anos após deixar o agente público cargo. (MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, 2012, p. 35, tradução livre).

16 Em Brunei Darassalam o enriquecimento ilícito é aplicável a qualquer pessoa que, sendo ou tenha sido um funcionário público, mantenha um padrão de vida acima do que é proporcional a seus rendimentos presentes ou passados. (MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, 2012, p. 35, tradução livre)

17 Essa delimitação funcional temporal do enriquecimento ilícito, existente no texto aprovado da Lei 8429/92 seria completamente diferente se não houvesse a rejeição do texto substitutivo 94 de 1991 (substitutivo ao Projeto de Lei 1.446-B, de 1991, na casa de origem, que deu origem a Lei 8429/92), que previa no artigo 12, inciso VII, o prazo de 10 anos após o término do mandato, cargo, emprego ou função pública.

A problemática de implementação dessa modalidade de contagem implica em eventual impossibilidade de identificação dos registros financeiros muito antigos, prejudicando não apenas a coleta de provas pela Administração, mas também a possibilidade de uma defesa plena.

Quanto mais distante for o período investigado, maior a probabilidade de que os registros de ativos suspeitos tenham mudado mãos ou foram liquidados, e a probabilidade de identificação das despesas incorridas será mais difícil de provar. (MUZILA, MORALES, MATHIAS E BERGER, 2012, p. 35)

No que se refere a desproporção significativa de ativos e passivos em valor desproporcional a renda declarada. Esta análise é realizada pela verificação da desproporcionalidade do valor patrimonial disponível e/ou quociente de movimentação financeira, verificados através de uma investigação das movimentações financeiras individuais e gerais, bem como eventuais sinais exteriores de riqueza.

Para esta investigação guia-se a investigação pela proporcionalidade e razoabilidade do resultado, não havendo um apontamento objetivo de um valor exato que corresponda ao ponto a partir do qual haveria a irrazoabilidade da renda.

Essa ausência da definição de um elemento objetivo para irrazoabilidade da renda declarada em comparação com a renda auferida é opção proposital, já que a definição deste padrão em termos absolutos poderia passar mensagem ao sistema de tolerância a um certo nível de corrupção.

Nesse caso, a solução do nível de tolerância da corrupção seria sua definição em padrões ínfimos. Todavia, essa solução também seria falha, pois a elaboração de padrão ínfimo para consideração de desproporção da renda é desnecessária e ineficiente, pois variações marginais são irrelevantes para a ponderação da evolução patrimonial.

No que se refere ao dolo, é a intenção do agente público de realizar depósitos, saques, transferências e outras movimentações significativas de renda incompatíveis com os vencimentos que possui, ou o uso deliberado de bens e produtos inexplicavelmente adquiridos em nome próprio ou em nome de terceiros em seu nome.

Não é necessário, portanto, a demonstração da vontade de praticar atos de corrupção em contraprestação a subornos recebidos, dada a autonomia do enriquecimento em relação ao ato de corrupção. Trata-se de um tipo abrangente, que não individualiza a conduta corrupta em si, mas das consequências de sua realização.

Por outro lado, embora possa ter alguma relação, também não se confunde com o conceito de dano da corrupção, que é muito mais abrangente e decorre do prejuízo resultante de um ato de corrupção.

Portanto, eventual dano econômico significativo causado pelo ato de corrupção não significará, necessariamente, o maior enriquecimento do agente público, que pode ter optado pela prática ilícita em troca de favores ou subornos de menor expressão econômica.¹⁸

Por fim, no que se refere a ausência de justificativa como um elemento do enriquecimento ilícito, é o elemento mais controverso para caracterização do enriquecimento ilícito, já que estabelece, como requisito identificador, o ônus ao investigado de provar a licitude da proporcionalidade do patrimônio.

4 DO FOCO NOS MAIORES VALORES

Outro aspecto relevante da verificação da evolução patrimonial dos agentes públicos, é pontuar sua singularidade dentre as formas de combate à corrupção, visto que, diferentemente de outras abordagens, neste caso, não se procura verificar a correção dos atos praticados pelo agente diante da existência de conduta diretamente relacionada ao ato de corrupção, buscando descobrir o acordo celebrado entre o corrupto e o corruptor, mas a identificação da proporcionalidade dos recursos financeiros à disposição do agente público, diante das rendas declaradas e conhecidas do Estado.

Esta ponderação é importante pela alteração do foco de análise, já que o combate à corrupção, focado exclusivamente na identificação do ato de corrupção produz sistemática que não tem obtido os melhores resultados, especialmente se considerarmos o excessivo número de processos fundamentados em princípios (SUNDFELD, 2017, p.205 a 229) e a incitação do medo do gestor público, pelo significativo risco de ser pessoalmente demandado, mesmo que promova uma gestão pública dentro dos parâmetros da legalidade (GUIMARÃES, 2016, n.71).

Não se trata de afirmar que resultados mais eficientes exigem um número maior de condenações, porém parece notório que os órgãos de controle estão promovendo a verificação da probidade da conduta dos agentes

18 Como salienta André Mendonça “O conceito de produto ilícito está diretamente relacionado ao conceito de dano causado pelo ilícito. Ambos são relevantes para os efeitos e consequências econômicos gerados pela conduta ilegal. No entanto, apesar dessa correlação e coexistência, eles apresentam três diferenças fundamentais. Primeiro, o produto tem como perspectiva o benefício ou a renda gerada em virtude da prática ilegal, enquanto o dano está relacionado ao dano sofrido pela vítima ou pelas pessoas afetadas pelo ilícito – como o filho do pai da vítima de homicídio; segundo, porque o produto pode estar direta ou indiretamente relacionado ao ilícito, enquanto o dano geralmente está diretamente relacionado ao evento que o gerou; terceiro, porque o dano deve ser recomposto à vítima ou prejudicado, enquanto o produto será destinado ao Estado. Dada essa conexão e distinção concomitante, pode-se afirmar que o produto (lato sensu) é todo o resultado patrimonial gerado pela conduta ilegal, que pode produzir (i) danos à vítima ou a terceiros e (ii) à circulação de valores em um determinado negócio – ilícito em si ou marcado por um ilícito –, que é o produto ou produto real (stricto sensu), que pode ser considerado [a] produto bruto ou [b] produto líquido. Portanto, todo o debate sobre o produto bruto ou líquido está relacionado ao produto “stricto sensu”, mas ainda está intimamente ligado à questão dos danos causados pelo ilícito.” (MENDONÇA, 2016, p.68, tradução livre).

públicos com a apresentação de processos judiciais e administrativos de forma universal, com base em supostas ofensas a princípios ou regulamentos formais, despreocupados com aspectos qualitativos e consequenciais dessa sistemática.

Ocorre que, em um sistema litigioso, além dos problemas relativos aos custos do processo, levará vantagem aquele que detiver maior capacidade de defesa e dispuser de maiores armas e estratégias de atuação, diferentemente do agente que é demandado de forma esporádica por condutas únicas (GALANTER, 2018).

Essa estratégia universalizante do controle pelo processo, pode resultar num medo significativo do agente público de boa-fé ou do agente público que, por circunstâncias do momento, tenha praticado um ato de corrupção de forma eventual.

Por outro lado, agentes públicos que pratiquem atos de corrupção de forma habitual ou em valor significativo e geram grandes prejuízos ao Estado, têm maior familiaridade com o processo, seja por considerarem essa possibilidade na prática da sua rotineira desonestidade, seja pelas condições financeiras (pelo implemento patrimonial ilícito) de gerir esse litígio sem nenhuma interferência significativa em sua rotina.

O “controle pelo processo” não significa necessariamente um receio significativo no agente público que pratique atos de corrupção com habitualidade, já que, nesse caso, a proposição de novas demandas tem pouco significado diante das reiteradas condutas que perpetra e, quando acionado, tem conhecimento que sua conduta tem poucas chances de ser efetivamente apontada com efeitos punitivos.

De forma racional e tratando o tema desapassionadamente, os resultados obtidos pela estratégia universal de demandas pelo Estado, longe do que intuitivamente se poderia imaginar, pela imparcialidade da atuação do Estado contra a impunidade, pode gerar um efeito perverso e reverso do pretendido, privilegiando agentes públicos que cometam atos de improbidade economicamente expressivos, em relação a agentes públicos que cometam desvios esporádicos sem grandes prejuízos.

A estratégia de combate à corrupção, que tenha como foco os efeitos econômicos que produz, estabelece como alvo o agente público que pratica atos de corrupção de forma economicamente significativa e habitual, ao invés do agente público que os pratica de forma eventual ou de menor impacto financeiro.

Por óbvio, não proponho que o agente público que pratique um ato ilícito não deva ser responsabilizado pelos atos praticados por todas as vias legais de identificação do ilícito. O que observo é que a corrupção é um fenômeno humano e a atuação dos órgãos de controle devem buscar o

máximo de eficiência para combater sua ocorrência, com o menor impacto possível ao processo produtivo.

Nesta linha, é necessário eleger atuações prioritárias paralelas do controle e a investigação patrimonial de agentes públicos, que possuam patrimônio ou movimentação financeira incompatíveis com sua renda, constitui estratégia de atuação mais focada e com menores externalidades ao mercado.

5 CONCLUSÃO

Hoje o enriquecimento ilícito no Brasil ainda precisa de um novo marco normativo amplo que estruture a avaliação patrimonial de agentes públicos e estabeleça uma estratégia nacional de enfrentamento do tema, restando alguns caminhos úteis de serem trilhados, em especial os recomendados no âmbito da iniciativa STAR, dos quais podemos mencionar (STAR, 2012, p.38): 1 – Quais os comportamentos que o sistema pretende combater? 2 – Qual será a quantidade de dados que se pretende recolher e com que frequência esta informação será prestada? 3 – Quais serão as informações patrimoniais dos agentes públicos que podem ser fornecidas a terceiros? 4 – Quais tipos de sanções devem ser aplicadas em caso de não conformidade? 5 – Compreensão do contexto patrimonial do agente público. 6 – Capacitação dos investigadores. 7 – Gerenciar expectativas e estabelecer a credibilidade do sistema com as partes interessadas. 8 – Quando o conteúdo das declarações deve ser verificado?

As sugestões apontadas tem um cunho meramente amostral para demonstrar que o tema ainda carece de um estudo mais aprofundado no Brasil, que embora possua diversos pontos positivos, em especial a facilidade de coleta dos dados fiscais pela sua coincidência com a declaração de rendas dos agentes públicos, ainda carece de um maior detalhamento e sistematização, com a prudência que o tema exige, para que obtenha resultados significativos no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. *Fraud Examiners Manual*. Austin (USA): International Edition, Fraud Magazine, 2017.

BARAGLI, Néstor. *El delito de enriquecimiento ilícito em el continente americano*. Memoriais da Jornada comemorativa do ‘Dia internacional contra corrupção’, em 09 de dezembro de 2013, Montevideo, Uruguay”. Publicação Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) de la República Oriental del Uruguay,

Montevideo, Uruguay, setembro de 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/15351813/El_Delito_de_Enriquecimiento_Il%C3%ADcito_en_el_Continente_Americano>. Acesso em: 18 set. 2019.

BIBER, Edmund. *Revenue administration: taxpayer audit – use of indirect methods*. Technical notes and manuals international monetary fund, abr. 2010. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2010/tnm1005.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Decreto 4.410, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. *Diário Oficial da União*. Ato do Poder Legislativo, Brasília-DF de 08 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e a corrupção*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

DUBEUX, Rafael Ramalho. *Enriquecimento ilícito de servidor e a Lei de improbidade administrativa*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/540567. Acesso em: 03 jun. 2018.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009.

GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Organizadora e tradutora Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GODINHO, Jorge A. F. Do crime de riqueza injustificada (artigo 28 da Lei 11/2003, de 28 de junho), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n. 24, 2007.

GREENBERG, Theodore S.; GRAY, Larissa; SCHANTZ, Delphine; GARDNERS, Carolin; LATHAN, Michael. *Politically Exposed Persons. Preventive measures for the banking sector*. STAR – Stolen Asset Recovery Initiative. The World Bank and UNODC. Washington, D.C. 2010. Disponível em: <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Politically%20Exposed%20Persons_0.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Ano 2016. N.71. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 30 set. 2019.

KOTLYAR, Dmytro; POP, LAURA. *E-filing Asset Declarations. Benefits and challenges*. STAR – Stolen Asset Recovery Initiative The World Bank and UNODC. Washington, D.C. 2019. Disponível em: <<https://star.worldbank.org/publication/e-filing-asset-declarations-benefits-and-challenges>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

LAZARRINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços. Os donos do Brasil e suas conexões*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade Administrativa e inversão do ônus da prova. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010.

MAURO, Paolo. *Why Worry About Corruption?* Economic Issues 6, International Monetary Fund, 1997. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues6/issue6.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Los critérios para la mensuración del valor del enriquecimiento ilícito y perjuicios causados por actos corruptos. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 4, p. 65-88, out./dez. 2016.

MICHAEL, Freitas Mohallem; FRANCE, Guilherme de Jesus; SCOVINO, Fernanda; CARABETTA, João. A evolução patrimonial incompatível com o rendimento parlamentar e as reformas nos sistemas de controle de declaração de bens. In: CERDEIRA, Pablo Cerdeira; VASCONCELLOS, Fábio, SGANZERLA, Rogerio (Orgs.). *Poder legislativo nacional: uma análise da produção legislativa do país sob a ótica do direito*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018.

MILESKI, Hélio Saul. *O Estado Contemporâneo e a Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MARIANNE, Mathias; BERGER, Tamar. *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. STAR – Stolen Asset Recovery Initiative. The World Bank and UNODC. Washington, D.C. 2010. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/958781468339641204/On-the-take-criminalizing-illicit-enrichment-to-fight-corruption>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Revista de Cultura Jurídica*, São Paulo: Lua nova, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451998000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 01 set. 2018.

PASCO, Gregory A. *Criminal Financial Investigations. The use of Forensic Accounting techniques and indirect methods of proof*. CRC Press, 2012.

REGIONAL SCHOOL OF PUBLIC ADMINISTRATION (ReSPA). *Ethics and Integrity*. Disponível em: <https://www.respaweb.eu/11/library#ethics-and-integrity-7>. Acesso em: 03 fev. 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Challenge of Poor Governance and Corruption, paper produced for the Copenhagen Consensus 2004 project. Law and Political Science, Cambridge University Press, 2004.*

_____. *International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward Elgar Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA, 2006.

ROSSI, Ivana M.; POP, Laura; TAMMAR, Berger. *Getting the full Picture on public officials. A how-to guide for effective financial disclosure*. STAR Stolen Asset Recovery Initiative. The World Bank and UNODC. Washington, D.C. 2017. Disponível em: <https://star.worldbank.org/publication/getting-full-picture-public-officials-how-guide-effective-financial-disclosure>. Acesso em: 19 nov. 2019.

STOLEN ASSET RECOVERY. Star Initiative. The World Bank and UNODC. Washington, D.C. 2018. *Public office, private interests. Accountability, thought crime and asset disclosure. A companion volume to income and asset disclosure: Case Study illustrations*. Washington, D.C. 2012. Disponível em: <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Public%20Office%20Private%20Interests.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2020.

STROLIGO, Klaudio; HSU, Chin-Lung; KOUTS, Theodore. *Financial Intelligence Units Working With Law Enforcement Authorities and Prosecutors*. STAR – Stolen Asset Recovery Initiative The World Bank and UNODC. Washington, D.C. 2018. Disponível em: <https://star.worldbank.org/sites/star/files/fius-report-04-sk1.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Compliance: uma reflexão sobre os sistemas de controle nos setores privado e público. *Cadernos FGV Projetos. Compliance, gestão e cultura corporativa*. novembro de 2016.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Disponível em: https://ipc.transparenciainternacional.org.br/?utm_source=WhatsApp&utm_medium=listas-de-transmissao&utm_campaign=lancamento. Acesso em: 24 jan. 2020.

_____. *Barômetro global da corrupção. América Latina e Caribe 2019. Opiniões e experiências dos cidadãos relacionados a corrupção*. Disponível em: <https://comunidadetransparenciainternacional.org.br/asset/54:bgc---barometro-global-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em: 26 nov. 2019.

WILLEBOIS, Emile van der Does de.; HALTER, Emily M.; HARRISON, Robert A.; PARK, Ji Won; SHARMAN, J.C. *The puppet masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets and What to Do About it*. STAR – Stolen Asset Recovery Initiative. The World Bank and UNODC. Washington, D.C. 2011. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/784961468152973030/The-puppet-masters-how-the-corrupt-use-legal-structures-to-hide-stolen-assets-and-what-to-do-about-it>. Acesso em: 19 nov. 2019.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: IMPORTANTE INSTRUMENTO NO COMBATE À CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

INTERNATIONAL COOPERATION: IMPORTANT INSTRUMENT IN THE FIGHT AGAINST TRANSNATIONAL CORRUPTION

Augusto César Monteiro Filho

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Processo Civil e em Direito e Economia pelas Escolas da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Procurador Federal.

Henrique Ávila

Doutor e Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Conselheiro no Conselho Nacional de Justiça – CNJ e Advogado (licenciado). Presidente da Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos e do Comitê Gestor da Conciliação. Coordenador do Comitê Gestor Judiciário de Cooperação Jurídica Internacional.

Rita Dias Nolasco

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Instrutora Credenciada da Advocacia-Geral da União. Professora de Direito Processual Civil da Cogea – PUC/SP. Coordenadora da Disciplina de Direito Processual Civil da Pós-Graduação da escola da Advocacia-Geral da União. Procuradora da Fazenda Nacional. Diretora Regional do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Atual Diretora da Escola da Advocacia-Geral da União na 3ª Região. Membro da Comissão da Advocacia Pública e da Comissão de Processo Civil da OAB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves apontamentos sobre o combate à lavagem de dinheiro no plano interno; 2 A cooperação jurídica internacional no cenário de combate à corrupção transnacional; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: Objetiva o presente artigo enfatizar a importância da cooperação internacional como profícuo instrumento à disposição dos Estados, no enfrentamento do fenômeno da corrupção, cuja prática e cujos efeitos, hodiernamente, apresentam-se de maneira transnacional. Abordar-se-ão de maneira não exauriente marcos normativos significativos no combate à lavagem de ativos e mecanismos vocacionados a sua recuperação, vigentes no plano interno, os quais, acaso manejados em comunhão de esforços com os instrumentos de cooperação internacional e intercâmbio de informações sensíveis entre Estados soberanos, decerto trarão maior sinergia e efetividade à prevenção, detecção, processo, punição e reparação dos vultosos danos causados à estabilidade social e econômica pelo fenômeno da corrupção, perpetrado tanto em âmbito doméstico quanto, de maneira crescente, no plano internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Globalização. Cooperação Internacional. Tratados Multilaterais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to emphasize the importance of international cooperation as a useful instrument at the disposal of States, in addressing the phenomenon of corruption, whose practice and whose effects, today, are transnational. Significant normative milestones in the fight against money laundering and mechanisms aimed at their recovery, in force at the domestic level, will be addressed in a non-exhaustive manner, which, if at all managed in common of efforts with the instruments of international cooperation and exchange of sensitive information among sovereign states, they will certainly bring greater synergy and effectiveness to the prevention, detection, prosecution, punishment and reparation of the huge damages caused to social and economic stability by the phenomenon of corruption, perpetrated both domestically and, increasingly, at the international level.

KEYWORDS: Corruption. Globalization. International Cooperation. Multilateral Treaties.

INTRODUÇÃO

A corrupção é, sem dúvidas, um grande mal do século. Desvelaram-se no Brasil nos últimos anos práticas corruptas perpetradas por agentes políticos e conglomerados empresariais transnacionais, com o desvio de importes vultosos, mediante sofisticadas práticas de evasão de divisas, lavagem de dinheiro, ocultação patrimonial, por meio de diversos negócios jurídicos simulados (operações de câmbio para falsas importações, contratos de mútuo fictícios, empréstimo bancário fraudulento, contratos de consultorias e prestação de serviços fantasmas, compra de empresas falidas, contas em nome de empresas offshores, trustes, em território nacional e no exterior, cuja persecução e efetiva coibição pressupõem a conjunção de esforços entre os países envolvidos, intercâmbio de inteligência e informações sensíveis, o que resta viabilizado, em certa medida, por intermédio dos tratados internacionais sobre o tema.

As engrenagens dos esquemas de corrupção envolvem, não raro, remessa de valores expressivos ao exterior – circunstância que dificulta sobremodo a investigação e persecução de tais delitos e, ainda, a repatriação dos montantes indevidamente desviados do erário. O Brasil transfere bilhões ilegalmente para o exterior anualmente. A coibição dos fluxos financeiros ilícitos para o exterior deve tornar-se uma prioridade para o Poder Público, sendo necessário recorrer a cooperação internacional.¹

No âmbito interno, sobrevieram normas e instrumentos tendentes ao aperfeiçoamento do arcabouço jurídico no enfrentamento do fenômeno da corrupção, os quais, embora não se revelem imunes a críticas e aperfeiçoamentos, traduzem, inequivocamente, novos marcos normativos no trato da questão.

Inserem-se nesse contexto os novos institutos jurídicos positivados da delação premiada, os acordos de leniência e a própria Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/13, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15 – cenário normativo propulsor dos programas de *compliance* para as empresas brasileiras e estrangeiras com atuação no país, mediante a implementação de programas de integridade, com o objetivo de aperfeiçoar mecanismos de controle interno nessas corporações, capazes de prevenir, detectar e punir fraudes e ilícitos que venham a ser praticados em seu âmbito ou

1 “Ao longo dos 53 anos decorridos entre 1960 e 2012, o Brasil perdeu, no total, US\$ 590,2 bilhões em decorrência da fuga geral de capitais, dos quais cerca de US\$ 401,6 bilhões consistiram em fluxos ilícitos. Essas saídas representam, em média, cerca de 2,2% e 1,5% do PIB respectivamente. A implicação é que, em média, as saídas ilícitas constituem cerca de 68% da fuga geral de capitais.” (Brasil: Fuga de Capitais, os Fluxos Ilícitos, e as Crises Macroeconômicas, 1960-2012. Atualizado em Setembro/2014” In <http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/09/Brasil-Fuga-de-Capitais-os-Fluxos-Il%C3%ADcitos-e-as-Crises-Macroecon%C3%B4micas-1960-2012.pdf>).

por seus colaboradores, a exemplo do que já previam o *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act* e o *UK Bribery Act*.

O Ministério da Justiça reestruturou a REDE-LAB, uma rede nacional de laboratórios de tecnologia voltada para a detecção de esquemas de lavagem de dinheiro. Houve em 2019 a implementação de 29 delegacias especializadas no combate à corrupção em 18 estados brasileiros.

Existe uma grande expectativa em relação à cooperação internacional não só em matéria penal, mas também tributária (*tax collection*), para o compartilhamento de dados que visam a recuperação de ativos no exterior, envolvendo a transparência de informações bancárias internacionais. Os progressos nessa área são significativos, inclusive com o resgate de bilhões a partir de informações bancárias coletadas no exterior

O Brasil é signatário da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (“Acordo Multilateral”) e depositou a ratificação em 2016, Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016. Dessarte, insere-se no intercâmbio global de troca automática de informações, conforme os novos padrões internacionais. O intercâmbio automático é a forma mais efetiva de prevenção e combate à evasão tributária, à ocultação de ativos e à lavagem de dinheiro, tendo sua origem nos trabalhos do Fórum Global de Transparência e Intercâmbio de Informações Tributárias e do Projeto G20/OCDE sobre Erosão das Bases Tributárias e o Deslocamento de Lucro².

O caminho é continuar avançando no alinhamento com as regras internacionais, para seguir integralmente as normas da OCDE³, estipuladas para combater mundialmente a corrupção, a evasão fiscal e a lavagem de dinheiro.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NO PLANO INTERNO E INTERNACIONAL

Impende mencionar a Lei nº 9.613/1998, voltada ao combate do crime de lavagem de capitais, em razão da qual restou criada no mesmo ano de sua edição a unidade de inteligência financeira nacional, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (arts. 14 e 15⁴), com o

² <http://www.eoitax.org/jurisdictions/BR#default>

³ http://www.oecd.org/tax/exchange-of-taxinformation/Status_of_convention.pdf

⁴ Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Economia, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo das competências de outros órgãos e entidades. (Redação dada pela Medida Provisória nº 886, de 2019)

§ 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

objetivo de fiscalizar e disciplinar atividades ilícitas previstas no diploma normativo, aplicando penas administrativas, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

Revela-se o COAF – atualmente Unidade de Inteligência Financeira (UIF – MP 893, editada em 19/08/2019⁵), importante órgão no âmbito da cooperação internacional, na medida em que responsável pela prevenção e fiscalização da prática do crime de lavagem de dinheiro, mediante a requisição e prestação de informes sobre operações financeiras atípicas ou suspeitas aos órgãos do sistema de justiça, como, de maneira proeminente, o Ministério Público.

Apresenta, nessa ótica, importância fundamental no combate à criminalidade organizada, em razão de sua aptidão em identificar e minar, em certa medida, o braço financeiro dessas organizações e, portanto, sua capacidade de atuação.

A Unidade de Inteligência Financeira (UIF) encontra-se administrativamente vinculada ao Banco Central do Brasil (BACEN) e é dotada de autonomia técnica e operacional, incumbindo-lhe a produção de inteligência financeira e a proteção dos setores econômicos contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

Coordena, nesse desiderato, a troca célere de informações entre as autoridades competentes visando o combate efetivo à ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores, informando os órgãos responsáveis pela investigação e instauração de procedimentos, em identificando ocorrências suspeitas de atividade ilícita, não lhe cabendo, portanto, promover medidas cautelares, quebras de sigilo, ou mesmo requerer a instauração de processo penal.

Nesse contexto, de se realçar a recomendação nº 29 do GAFI⁶ - Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 2003)

Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

5 Em agosto de 2019 o governo federal expediu uma medida provisória que muda o nome do Coaf para Unidade de Inteligência Financeira (UIF) e o transfere do Ministério da Fazenda para a estrutura do Banco Central.

6 GAFI – Nota interpretativa 8 da Recomendação 29 (UIFs) “A UIF deverá ser operacionalmente independente e autônoma, o que significa que a UIF deverá ter autoridade e capacidade de desenvolver suas funções livremente, inclusive tomar por conta própria a decisão de analisar, solicitar e/ou disseminar informações específicas.”

Terrorismo⁷, lançada justamente no sentido de que os países criassem Unidades de Informação Financeira (UIF) para receber, analisar e transmitir declarações de operações suspeitas⁸, em sintonia com a Diretriz nº 2018/843 do Conselho Europeu, a qual ressalta a necessidade de reforço à eficiência das UIFs no combate ao terrorismo e à lavagem de dinheiro.

Sobreleva registrar, por relevante, o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), no recurso extraordinário (RE) nº 1.055.941⁹,

-
- 7 O Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) é uma organização intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Periodicamente, o GAFI realiza avaliação dos países membros acerca da implementação de medidas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Criado em 1989, o GAFI é um organismo elaborador de políticas que atua visando a gerar a vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias nessas áreas. Para cumprir este objetivo, o GAFI publicou as suas Recomendações. As 40 Recomendações do GAFI constituem-se como um guia para que os países adotem padrões e promovam a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro relacionadas a esses crimes. Hoje, esses padrões são adotados por mais de 180 países. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>. Acesso em: 01 dez. 2019.
- 8 GAFI – RECOMENDAÇÃO 29. Unidades de Inteligência Financeira Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente. (...) NOTA INTERPRETATIVA DA RECOMENDAÇÃO 29 (UNIDADES DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA) (...) (c) Disseminação 4. A UIF deverá ser capaz de disseminar, espontaneamente ou a pedido, as informações e os resultados de suas análises para as autoridades competentes relevantes. Deveriam ser usados canais dedicados, seguros e protegidos para a disseminação. - Disseminação Espontânea: A UIF deverá ser capaz de disseminar as informações e resultados de suas análises para as autoridades competentes quando houver suspeita de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes ou financiamento do terrorismo. Com base na análise da UIF, a disseminação das informações deverá ser seletiva e permitir que as autoridades destinatárias se concentrem em casos/informações relevantes. - Disseminação a pedido: A UIF deverá ser capaz de responder a pedidos de informações de autoridades competentes de acordo com a Recomendação 31. Quando a UIF receber um pedido de uma autoridade competente, a decisão de conduzir a análise e/ou disseminar as informações para as autoridades solicitantes será da própria UIF.
- 9 O colegiado, ao admitir a repercussão geral da controvérsia, concluiu o seguinte: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 1055941 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 12/04/2018).

com repercussão geral reconhecida¹⁰, acerca da (im)possibilidade de compartilhamento por órgãos de controle de dados sensíveis dos cidadãos, fiscais e bancários, com o Ministério Público, para fins de embasamento de investigações criminais, independentemente de prévia autorização judicial.

A esse respeito, por maioria de votos (9 a 2), o egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu inexistir inconstitucionalidade no compartilhamento de provas entre a Receita Federal do Brasil (RFB) e o Ministério Público, necessárias e imprescindíveis para confirmação e lançamento do crédito tributário.

O recurso paradigma sob julgamento foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), que anulou ação penal por considerar ilegal o compartilhamento de dados levado a efeito pela Receita Federal com o Ministério Público, sem autorização judicial (cláusula de reserva jurisdicional).

O Ministro Alexandre de Moraes, ao inaugurar a divergência, sem limitar o compartilhamento do Fisco a determinados tipos penais, firmou posição no sentido da possibilidade, a título de prova emprestada, de remessa da integralidade do procedimento fiscalizatório, mantido o dever de sigilo pelo órgão destinatário.

Sugeriu fosse assentada a seguinte tese:

É constitucional o compartilhamento, tanto pela UIF dos RIFs, quanto pela RFB, da íntegra do procedimento fiscalizatório que define o lançamento do tributo, com órgãos de persecução penal para fins criminais, que deverão manter o sigilo das investigações.

Em sessão ocorrida em 04/12/2019 os Ministros fixaram a tese, sublinhe-se, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral¹¹,

10 CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

11 Como foi visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: i) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário. ii) questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito a correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica – dimensão objetiva dos direitos fundamentais. (DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA,

no sentido de ser constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal que define o lançamento do tributo com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

Assentaram, ainda, que o compartilhamento referido no item anterior pela Unidade de Inteligência Financeira e pela Receita deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios, resguardado, de toda sorte, posterior crivo judicial, a teor da cláusula da inafastabilidade da jurisdição, inserta no inciso XXXV, do art. 5º, da Lei Maior.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu possível o compartilhamento de informações entre o Fisco e o Ministério Público, quer quando referentes a montantes globais, independentemente da instauração de procedimento fiscal (art. 5º, LC nº 105/01), quer quando, tendo havido procedimento fiscal, compreenda contas, extratos bancários, depósitos e aplicações financeiras (art. 6º, LC nº 105/01), reputando viável, nessa linha, a irrestrita remessa das informações coletadas pelo Fisco, bem como da integralidade do procedimento fiscalizatório, sendo desnecessária, em ambos os casos, prévia autorização judicial.

Registre-se a recente edição do Provimento nº 88/19, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, datada de 01/10/2019, o qual inclui os cartórios brasileiros na rede de instituições de combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo.

A norma entrou em vigor em 3 de fevereiro de 2020 e determina a comunicação à UIF – Unidade de Inteligência Financeira, antigo Coaf, de operações registradas em cartórios que levantem suspeita de vinculação a algum desses crimes, consoante avaliação dos notários e registradores.

A edição do provimento regulamenta, em parte, a Lei nº 9.613/98 e executa ações previstas para 2019 pelos órgãos que integram a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. As informações ostentam caráter sigiloso, podendo ser objeto de solicitação ao CNJ.

A norma determina, ainda, a criação e manutenção de um cadastro único de clientes do notariado, pelo Colégio Notarial do Brasil – CNB,

com o escopo de reunir informações fornecidas pelos próprios notários de forma sincronizada.

Importa consignar, ainda, que as recentes modificações no perfil e na estrutura do antigo COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, agora UIF – Unidade de Inteligência Financeira, encetadas pela MP nº 893/19, podem ter o condão de enfraquecer sua independência e capacidade operacional e vão, ainda, na contramão das principais diretrizes internacionais sobre a matéria.

Embora não tenha transcorrido tempo hábil para a aferição do impacto das recentes alterações promovidas na Unidade de Inteligência Financeira brasileira, espera-se que aspectos formais concernentes a sua composição e alocação no organograma federal não militem, de fato, em desfavor do exercício de sua atividade finalística, haja vista à sua relevância indisputável na árdua tarefa de combate ao crime organizado.

Criada em dezembro de 2003 pelo ex-Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro pauta-se na especialização, cooperação e transparência para a consecução de seu desiderato, reunindo integrantes dos três poderes, membros dos Ministérios Públicos e Tribunal de Contas (TCU), entidades públicas autônomas e independentes, entidades corporativas, instituições públicas financeiras e sociedade civil organizada, tendo por objetivo articular a ação conjunta entre órgãos públicos brasileiros que atuam na fiscalização, na inteligência e no controle de ações voltadas ao combate coordenado à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Nesse sentido pontificam Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho¹²:

[...] Diálogo e consenso reforçam o caráter democrático e representam a força motriz da Estratégia. A coordenação e a colaboração, por sua vez, estão ligadas à articulação institucional dos órgãos de controle, atuando em rede. Por outro lado, a cooperação se relaciona à transnacionalidade dos ilícitos combatidos, demonstrando ser também importante a expansão do agir para além das fronteiras nacionais. A especialização está ligada ao aumento da capacitação dos agentes públicos, elevando a eficiência da atuação dos membros dos órgãos de prevenção e combate à corrupção. A participação e a conscientização revelam a inclusão da sociedade civil como peça-chave na criação de ações de prevenção e controle e na consequente legitimação dos resultados do governo. Por

12 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: *48 visões sobre a corrupção*. Quartier latin, 2016, p. 314.

fim, a transparência equaliza todas as premissas acima, oportunizando a ampliação do controle e diminuindo os riscos de desvio de dinheiro público. [...]

Destacam os autores¹³, outrossim, os principais resultados anticorrupção e antilavagem no combate nacional ao crime organizado¹⁴, obtidos, dentre outros, por ações instrumentalizadas pela Estratégia:

- Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – PNLD: reflexo da integração e da cooperação administrativa dos órgãos de controle, o PNLD visa instruir e capacitar agentes públicos e privados na prevenção e no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Por influência direta da ENCCLA, o Programa inspirou também a criação no Brasil de Delegacias de Polícia e Setores da Justiça especializados em crimes financeiros.
- LAB-LD – Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro: trata-se de um modelo de parceria colaborativa firmada entre os atores da ENCCLA destinado a reunir, cruzar e confrontar informações investigativas através do desenvolvimento de softwares e hardwares de última geração. Atuando em rede, o foco do LAB-LD é permitir a otimização de tempo e a supressão da ausência de especialização dos servidores provocada pelo grande volume de dados complexos envolvendo a lavagem de dinheiro e a corrupção.
- CEIS – Cadastro Nacional de Pessoas Inidôneas e Suspeitas: é um grande exemplo de transparência e colaboração pensado pela Estratégia. Consiste em um cadastro público e nacional, de linguagem fácil e acessível a todos, esclarecendo às autoridades a idoneidade das pessoas ou empresas contratadas ou em vias de serem admitidas pelo poder público. O direcionamento, portanto, é para as contratações públicas, para os processos de licitação, para as condenações por ato de improbidade administrativa e sanções pelos Tribunais de Contas. A publicidade é usada

13 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli, A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: *48 visões sobre a corrupção. Quartier latin*, 2016, p. 320-322.

14 Registre-se, ainda, a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

em caráter nacional como instrumento de alerta para outras entidades a respeito de penalizações ou sanções já impostas pelo poder público, evitando-se novas ineficiências.

- LAI – Lei de Acesso à Informação (nº 12.527/11): sem dúvida, a LAI é o maior marco legislativo brasileiro sobre transparência e abertura de dados públicos aos cidadãos. (...)
- PEPs – Cadastro de Pessoas Politicamente Expostas: este resultado expande as fronteiras da ENCCLA e eleva o grau de cooperação para o âmbito internacional. O PEPs foi criado por sugestão da Estratégia para atendimento do art. 52 da Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção (em inglês, *United Nations Office on Drugs and Crimes – UNODC*), que sugeria aos países a implantação de um cadastro nacional de pessoas politicamente expostas, tais como Presidente, Ministros, Deputados, Senadores e demais políticos e agentes públicos. O objetivo da medida é regular e fiscalizar o cumprimento das obrigações financeiras e prevenir o enriquecimento ilícito de pessoas membros do governo.
- Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas: fruto da ação nº 03/2015 da ENCCLA, que previa a criação de diretrizes para avaliar programas de integridade (*compliance*) previstos na Lei nº 12846/13 (Anticorrupção), o trabalho resume com maestria a atuação transparente, colaborativa e cooperativa da ENCCLA. Auxiliando o Poder Legislativo, responsável pela elaboração da Lei Anticorrupção (colaboração), a Estratégia, em parceria com a extinta CGU, organizou a criação de um manual orientador de boas práticas empresariais para membros da iniciativa privada, esclarecendo o conceito de Programa de Integridade (*compliance*) previsto na Lei nº 12.843/13 (transparência e colaboração). Lançado em setembro de 2015, o documento objetiva cooperar com os empresários brasileiros na prevenção, detecção e punição de atos ilícitos envolvendo empregados e servidores públicos em situações de suborno, fraudes ou abuso de poder político. [..]

Assinalam os autores¹⁵ que embora a ENCCLA represente uma política de governo vocacionada a aproximar consensualmente organismos públicos com a finalidade de melhor articular as suas ações de controle, não lhe cabe adotar medidas de constrição contra a corrupção, tampouco sendo dotada de medidas de coerção para impelir outros atores a agirem consoante suas diretrizes.

Exerce, nesse viés, importante função catalisadora de ações e recomendações anticorrupção, direcionada a partir de uma vontade política do governo (quase metade de seus integrantes compõem o Poder Executivo).

Daí falar-se, por corolário, não possuir a ENCCLA autonomia e independência para atuar como órgão de Estado, faltando-lhe, pois, *enforcement* para implantar suas metas e aplicar seus valores.

Concluem os autores, nessa perspectiva, que embora o Brasil assuma um protagonismo no cenário mundial em matéria de corrupção, ainda se encontra dependente dos rumos da política de governo para avançar no sentido da consolidação de uma Política Nacional Anticorrupção.

2 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO CENÁRIO DE COMBATE À CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

Enfatizando os efeitos prejudiciais do fenômeno da corrupção para o desenvolvimento econômico e social dos povos e a premente necessidade de máxima cooperação internacional possível no seu enfrentamento, Tony Gean Barbosa de Castro¹⁶ assenta:

A corrupção doméstica corrói o tecido social. A corrupção transnacional deteriora o desenvolvimento das nações e as relações entre elas. Uma de suas consequências é distorcer as condições internacionais da concorrência. É o que, com acerto, prevê o primeiro considerando do preâmbulo da Convenção da OCDE¹⁷ a qual, ao reconhecer, preliminarmente, que a corrupção é um fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais, incluindo o comércio e o

15 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli, A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: *48 visões sobre a corrupção*. Quartier latin, 2016, p. 329.

16 CASTRO, Tony Gean Barbosa. In: *RDPJ*, BRASÍLIA, ANO 2, N. 4, p. 227-244, jul-dez, 2018.

17 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais internacionais, da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), adotada em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto nº. 3.678/2000. Primeiro considerando do preâmbulo: Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade. (CASTRO, Tony Gean Barbosa, 2018).

investimento, afirma que tal prática abala a boa governança e o desenvolvimento econômico de todos os povos. (...)

Pela pertinência, trazemos à lume excelente digressão desenvolvida por CARVALHO e SILVEIRA, confira-se:

Em realidade, as atividades econômicas de impacto transnacional aumentaram de maneira significativa e trouxeram novos desafios para o Direito da Concorrência. A cooperação internacional se torna, neste contexto, um instrumento importante para enfrentar este novo cenário para a implementação de uma política consistente de defesa da concorrência. Isto porque, enquanto as relações econômicas se internacionalizam cada vez mais, as normas de proteção da concorrência permanecem nos níveis nacionais ou regionais¹⁸.

Pavimentando o apoio a essa necessidade de nivelamento de armas, podemos mencionar três convenções internacionais contra a corrupção que trazem a ferramenta da cooperação internacional como indispensável para o enfrentamento da corrupção transnacional que tem se mostrado uma imperfeição perniciosa ao comércio internacional a partir da corrosão do jogo competitivo.

Nessa ordem de ideias, pertinente a reflexão trazida por PFLUG e OLIVEIRA em torno da identificação de um movimento de “internacionalização no combate à corrupção por instrumentos como Convenções e Tratados, uma vez que a sua prática ultrapasse os limites do Estado, para *se configurar um fenômeno mundial*”¹⁹.

Insta realçar o trabalho realizado desde o início do século XX pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, cujos instrumentos mais conhecidos são na área processual e no direito de família e infância. As iniciativas da Conferência da Haia (Organização Mundial de Cooperação Transfronteiriça em Matéria Civil e Comercial)²⁰ conferiram o devido peso à cooperação internacional e às convenções ratificadas em seu âmbito e têm contribuído, de forma crescente, para a uniformização de procedimentos

18 CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, 2013. p. 98. (CASTRO, Tony Gean Barbosa, 2018).

19 PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. O Brasil e o combate internacional à corrupção. *BRASÍLIA: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, a.46, n. 181. jan./mar. 2009, p. 188. (CASTRO, Tony Gean Barbosa, 2018).

20 <https://www.hcch.net/index.cfm?oldlang=pt>

judiciários e administrativos e para a constante troca de informações entre os Estados-membros.²¹

A criação de um sistema de comunicação baseado em autoridades centrais, incrementando a cooperação administrativa entre os Estados, é uma das realizações da Conferência da Haia. A autoridade central é o órgão administrativo responsável pela condução da cooperação jurídica internacional dentro de cada Estado, a quem compete o envio e o recebimento dos pedidos de cooperação jurídica. No Brasil, a autoridade central é exercida, de regra, pelo Ministério da Justiça.

As regras internas a respeito da cooperação jurídica internacional estão dispostas em acordos multilaterais e bilaterais de cooperação jurídica; na Resolução nº 9 de 2005 do STJ; no regimento interno do STF; portarias do Ministério da Justiça; em algumas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e na Constituição Federal; e, de forma aprofundada, no atual Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015, acompanhando os avanços da globalização, regulamenta, em capítulo próprio, os mecanismos de cooperação jurídica internacional entre os Estados, em prol da efetividade e celeridade na solução dos conflitos jurídicos transnacionais.

A cooperação jurídica internacional pode ser realizada por mecanismos previstos nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, desde que respeite as regras estabelecidas no CPC, incisos I a V do art. 26, assim, devem ser respeitados os direitos e garantias fundamentais que regem o Estado brasileiro – como o devido processo legal, a igualdade de condições de acesso à justiça e de tratamento entre nacionais e estrangeiros, a publicidade processual. O pedido de cooperação de Estado estrangeiro somente será atendido pelo Brasil, se não implicar na supressão dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em especial de direitos humanos.

Inexistindo tratado internacional de cooperação jurídica entre o Brasil e o Estado (requerente ou requerido), a cooperação será realizada pela via diplomática, com base no compromisso de reciprocidade entre os Estados. Portanto, em não havendo disposições específicas em tratado internacional disciplinado a execução dos pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Brasil, podem ser realizados por intermédio da comunicação direta mantida pela autoridade central brasileira (CPC, art. 31).

A cooperação internacional pode ser utilizada para a realização de qualquer medida judicial ou extrajudicial, desde que não proibida pela lei

21 <http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaDireito>

brasileira, podendo ter por objeto os atos de citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, apresentação de provas, obtenção de informações, cumprimento de decisão, concessão de medidas de urgência e assistência jurídica internacional.

O auxílio direto é um mecanismo de cooperação internacional que pode ser utilizado nos casos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e para realizar qualquer medida judicial que não necessite de prestação jurisdicional de conteúdo decisório (que não exija juízo de delibação), ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Se o pedido de cooperação por auxílio direto consistir em prestação de ato processual jurisdicional, a autoridade central deve encaminhar à Advocacia-Geral da União, que, por sua vez, requererá ao juízo competente o cumprimento da medida solicitada (CPC, art. 33).

Para a realização de atos que reclamam prévio juízo de delibação a ser proferido pelo STJ (necessidade de concessão de *exequatur*) faz-se necessário o requerimento por meio de carta rogatória. No Brasil, a competência para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias é do STJ, conforme dispõe o art. 105, I, “i” da Constituição Federal, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, de 2004.

Importante destacar que a cooperação jurídica internacional está imbricada com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

A Assembleia Geral da ONU, em 10 de setembro de 2014, em Nova York, aprovou a Resolução A/Res 68/309, com o fim de pavimentar o caminho dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – Agenda 2030 da ONU, sendo a segurança humana ponto fulcral na ligação entre estes (chave-vínculo na concretização das metas convergentes que precisam ser executadas em escala nacional, regional e global)²². São eles:

1. Erradicação da pobreza;
2. Fome zero;
3. Boa saúde e bem-estar;
4. Educação de qualidade;
5. Igualdade de gênero;
6. Água limpa e saneamento;
7. Energia acessível e limpa;
8. Emprego digno e crescimento econômico;
9. Indústria, inovação e infraestrutura;
10. Redução das desigualdades;
11. Cidades e comunidades sustentáveis;
12. Consumo e produção responsáveis;
13. Combate às alterações climáticas;
14. Vida debaixo d’água;
15. Vida sobre a terra;
16. Paz, justiça e instituições fortes;
17. Parcerias em prol das metas.

²² OLIVEIRA, Edmundo. *O Universo da Segurança Humana*. COPLAD – ILANUD PUBLICATION, SAN JOSÉ – COSTA RICA, 2018. p. 179-183.

Há um conjunto de 169 metas e uma escala metodológica para monitoramento²³, revisão e atualização dos indicadores que permitem a avaliação de desempenho, no contexto de cada país, no período de 2015 a 2030, conforme os objetivos anunciados.

Oportuno registrar os oito princípios delineados nas Diretrizes das ONU para a prevenção do crime, a saber: I – liderança governamental, em todos os níveis, para criar e manter uma estrutura institucional de efetiva prevenção do crime; II – desenvolvimento socioeconômico com estratégias políticas, sociais e econômicas para fomentar a integração dos laços nas comunidades e nas famílias, visando à proteção de jovens e crianças em situação de risco; III – cooperação e parcerias entre órgãos do governo, sociedade civil e setores empresariais; IV – sustentabilidade e responsabilidade com o uso de financiamento de programas e de medidas de avaliação da prevenção do crime; V – emprego de práticas e experiências comprovadas referentes ao êxito das políticas e programas de prevenção do crime; VI – respeito aos direitos humanos e elevação da cultura da legalidade; VII – preocupação com as conexões da criminalidade local e com o crime organizado transnacional; VIII – zelo em relação às diferenças entre homens e mulheres, assim como entre pessoas vulneráveis no convívio social²⁴. (destacou-se)

Ainda com escólio em Edmundo Oliveira²⁵, ao problematizar e externar inquietações em torno da criminalidade organizada e sua atuação transnacional e, bem assim, os impactos econômicos e sociais decorrentes, colhe-se:

[...] Efetivamente, vive-se numa época de muita inquietação social, na qual o crime e a violência não são fantasias na dinâmica da globalização. De um lado há a globalização socioeconômica, de outro lado há a globalização do crime impulsionada pela carência de proteção social e pelo choque na autoestima causado por dificuldades econômicas. Para garantir um futuro promissor, com segurança, em todas as regiões do planeta, é preciso abrir os olhos e descobrir o que se pode ainda fazer, enquanto é tempo. É necessário frear a escalada do crime organizado, causa pujante dos oceanos de medo e de vulnerabilidade que movem a dramaticidade da vida no dia-a-dia. [...]

23 Ver: <https://sustainabledevelopment.un.org>. Acesso em: 01. dez 2019.

24 OLIVEIRA, op. cit., p. 192-193.

25 Ibidem, p. 194-196.

Estima-se que 10 bilhões de dólares deixem de entrar anualmente no Brasil, na área do turismo, por causa da violência e da contaminação do crime organizado²⁶.

O que mais preocupa, sobremaneira, em muitos países, é a ascensão do poder paralelo das redes e organizações criminosas, ao lado do poder transversal, representado pelo cruzamento dos interesses ilícitos de servidores do Governo que mandam a moralidade às favas e aderem à avidez dos agentes do crime organizado. Esse cruzamento é revestido pela infraestrutura da criminalidade subterrânea bem mais difícil de ser desvendada, porque ela é silenciosa. [...]

E, de maneira enfática, o autor chama a atenção para a magnitude das cifras envolvidas nos delitos perpetrados pelas organizações criminosas transnacionais, estimadas pela ONU e pelo Banco Mundial:

[...] Se o crime organizado fosse um país, ele estaria entre as vinte principais potências do planeta. Essa constatação vem sendo anunciada desde abril de 2012, resultante de um estudo criterioso elaborado pelo Escritório da ONU sobre Drogas e Crime (UNODC) em parceria com o Banco Mundial (BIRD).

E os números estão crescendo, visto que as sagas das organizações criminosas, desfrutando das peripécias da lavagem de dinheiro, geram receita anual superior a 1 trilhão de dólares, o que corresponde a um percentual de 4 a 5 % do PIB mundial. Só o tráfico de drogas tem um custo anual estimado em 320 bilhões de dólares, com destaque para o fluxo da cocaína. Por sua vez, o trabalho escravo rende 150 bilhões de dólares por ano, sendo que 99 bilhões vêm da exploração sexual. [...]

Em 29 de março de 1996, a Organização dos Estados Americanos – OEA aprovou o primeiro tratado internacional específico sobre o tema do combate à corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, em Caracas, Venezuela, incorporada em nosso sistema normativo pelo Decreto federal 4.410, de 2002.

Segue transcrito, por elucidativo dos propósitos da Convenção Interamericana contra a Corrupção, seu preâmbulo. Confira-se:

²⁶ Questão situada em: OLIVEIRA, Edmundo. *Cooperation and Law Enforcement to Counter Organized Crime in the Common Market Countries of South America – Mercosul*. Helsinki, Finland, Heuni Edition, 2005, p. 35-39.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO
Preâmbulo OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício; PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social; RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins; CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção; RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente; CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos; PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico ilícito de entorpecentes, que ameaçam e corrompem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis; TENDO PRESENTE que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício, CONVIERAM em assinar a seguinte CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO.

Convém pontuar que medidas preventivas, investigativas e punitivas também restaram contempladas na Convenção, como a quebra do sigilo

bancário, o bloqueio de bens, a extradição, assim como a cooperação com jurisdições de outros Estados na persecução de atos corruptos transnacionais, em áreas como assistência jurídica mútua e cooperação técnica, e a sugestão de que os países signatários adequem o direito interno para tipificar criminalmente os tipos de corrupção descritos no próprio instrumento, incluindo suborno transnacional e enriquecimento ilícito.

Este último, no Brasil, segue previsto apenas como ilícito civil, sujeito às previsões da LIA – Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 9º, VII) e da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Civis da União – art. 132, IV), encontrando-se pendente, portanto, o cumprimento do compromisso assumido pelo Estado brasileiro de tipificar tal conduta criminalmente.

Os artigos 51 a 59 da convenção dispõem sobre a recuperação de ativos, um seu princípio fundamental, pautado na mútua cooperação para rastrear e recuperar o proveito dos crimes.

Nesse contexto, propugna-se que as instituições financeiras verifiquem a identidade de seus clientes; determinem a identidade de beneficiários de contas volumosas; dispensem especial atenção e controle reforçado a contas mantidas por altos funcionários públicos; reportem transações suspeitas às autoridades competentes; e, por fim, previnam o estabelecimento de bancos sem sede física.

Consigne-se a esse propósito, a existência, no Brasil, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado ao Ministério da Justiça (MJ), ao qual incumbe²⁷:

I - articular, integrar e propor ações entre os órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e o Ministério Público para o enfrentamento da corrupção, da lavagem de dinheiro e do crime organizado transnacional, inclusive no âmbito da Enclca;

II - coordenar a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro - Rede-Lab;

III - estruturar, implementar e monitorar ações de governo, além de promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e do Ministério Público nas seguintes áreas:

27 *Competência estabelecida pelo Decreto nº 9.662, de 1º de janeiro de 2019, Anexo I.* Vide: <https://www.justica.gov.br/sua-protacao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/manual-penal-online-final-2.pdf>

a) cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal, inclusive em assuntos de prestação internacional de alimentos, subtração internacional de crianças, adoção internacional, extradição, transferência de pessoas condenadas e transferência da execução da pena; e

b) recuperação de ativos;

IV - exercer a função de autoridade central, por meio da coordenação e da instrução de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III, por delegação do Ministro de Estado, exceto se houver designação específica que disponha de maneira diversa;

V - exercer a função de autoridade central federal em matéria de adoção internacional de crianças, nos termos do disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

VI - negociar acordos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III e aqueles relacionados com as demais matérias de sua competência, além de exercer as funções de ponto de contato, enlace e similares nas redes de cooperação internacional e de recuperação de ativos; e

VII - atuar nos procedimentos relacionados com a ação de indisponibilidade de bens, de direitos ou de valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do disposto na Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015.

Anne Peters²⁸ assinala que mercê da globalização, exsurge uma reação lógica dos Estados na luta internacional contra a corrupção, tendo havido, ao menos no plano formal, 172 (cento e setenta e duas) ratificações da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), adotada em 2003 – Convenção de Mérida²⁹, na medida em que praticamente todos os casos de grande corrupção têm um elemento transnacional.

Pontua que na década de 1990, os Estados Unidos conseguiram a adoção de um tratado para criminalizar o suborno estrangeiro, a saber,

28 PETERS, Anne. *Corruption and Human Rights*. Working paper series N° 20, Basel Institute on Governance, September 2015, p. 10-34.

29 A Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), assinada em Mérida, México, em 09/12/2003, passou a integrar o direito positivo brasileiro com a publicação do Decreto federal nº 5.687, de 2006.

a Convenção Anti-Suborno da OCDE de 1997, cujo principal objetivo na época era eliminar as vantagens competitivas injustas das empresas que pagavam subornos nos novos mercados dotados de política internacional anticorrupção: em primeiro lugar, melhorar o funcionamento dos mercados globais; em segundo lugar, promover o crescimento econômico; em terceiro lugar, reduzir a pobreza; e, em quarto lugar, para salvaguardar a legitimidade do Estado³⁰.

Discorre a autora, ao abordar um estudo que preveu a estimativa de desvio de recursos nos contratos públicos no âmbito da União Europeia, que aproximadamente 13% de toda a despesa orçamentária para a aquisição pública é perdida³¹ –, os concorrentes malsucedidos são as vítimas em potencial se não receberem o contrato em razão de critérios estranhos ao processo, caso ostentem expectativa concreta para a contratação e não apenas perspectivas abstratas.

Os clientes e os usuários finais, de igual sorte, são afetados negativamente pela corrupção nos contratos públicos se tiverem que pagar preços mais altos ou se receberem um produto de qualidade inferior porque os fundos foram desviados, durante o processo de produção.

Aborda, ainda, o cenário político, em cujo âmbito os eleitores são adversamente afetados pela dependência financeira dos candidatos aos principais doadores, considerando-se a “dívida política” após o pleito e os interesses escusos subjacentes e dissimulados.

O Capítulo II da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção exige que os Estados Partes adotem uma série de medidas preventivas, que vão desde o estabelecimento de um órgão anticorrupção e a reorganização do serviço público até a promulgação de códigos de conduta para funcionários públicos, reorganização dos contratos públicos e prevenção da lavagem “*branqueamento*” de capitais.

Como a formulação das obrigações da UNCAC é bastante branda, dificilmente é possível responsabilizar internacionalmente um Estado Parte se este não cumprir suas obrigações ou o fizer de maneira deficiente – registra.

Entretanto, se as interpretarmos em conformidade com a dicção do Artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – prossegue Anne Peters, torna-se evidente que as medidas mencionadas

30 See Susan Rose-Ackerman, Introduction: *The Role of International Actors in Fighting Corruption*, in: Rose-Ackerman/Paul Carrington (eds.), *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* (Durham: Carolina Academic Press 2013), 3-38, 5. See also the preamble of UNCAC 2003 (n. 5), first preambular paragraph. (PETERS, Anne. 2015).

31 PricewaterhouseCoopers, Study prepared for the European Anti-Fraud Office (OLAF), *Public Procurement: costs we pay for corruption. Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU* (2013). (PETERS, Anne. 2015).

devem ser efetivamente tomadas, no contexto das obrigações de proteger e cumprir (incluindo prevenir) afrontas a direitos humanos.

Importa registrar a relevância das obrigações processuais no âmbito de proteção dos direitos humanos, na medida em que funcionam como um indicador para a mensuração acerca do cumprimento de sua implementação progressiva, incluindo atividades de planejamento e monitoramento. Nesse contexto, como princípio fundamental da UNCAC (2003), a transparência assume importância fulcral.

3 CONCLUSÕES

Os efeitos nefastos da corrupção, doméstica ou transnacional, atingem aspectos sociais, econômicos e o bem-estar dos cidadãos, sob a perspectiva do direito ao desenvolvimento.

Como sensível, as pessoas afetadas direta ou indiretamente pela corrupção não são suficientemente individualizadas, havendo uma afronta de natureza difusa a diversos direitos humanos mercê de sua prática e disseminação.

Nesse cenário, a luta contra a corrupção fundiu-se em grande parte com a agenda da boa governança e o discurso do desenvolvimento, cuja análise reclama, cada vez mais, o enfoque do *human rights approach*³², em prestígio à dignidade da pessoa humana.

A corrupção, na esteira do quanto exposto, transnacionalizou-se. Mister se faz, portanto, sejam os Estados, seus órgãos e os demais organismos não governamentais capazes de se articularem de maneira concertada no enfrentamento de questões sensíveis e comuns, de cuja interação, interpenetração e internalização de boas práticas e, bem assim, de normatizações multilaterais sobrevirá, decerto, uma maior sinergia e efetividade no combate a esse mal.

Em remate, a luta contra a corrupção pressupõe o incremento e a efetiva utilização dos instrumentos de cooperação internacional de sorte a buscar a proteção da livre concorrência e dos mercados; a propiciar o bom funcionamento dos mercados globais; a promover o crescimento econômico com vistas à redução da pobreza e das desigualdades; e, ainda, a salvaguardar a legitimidade do(s) Estado(s).

32 PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013, p. 141.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Tony Gean Barbosa. In: *RDPJ*, BRASÍLIA, ANO 2, N. 4, p. 227-244, jul-dez, 2018.

DIDIER Júnior, Fredie; CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação as decisões judiciais e processos nos tribunais*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

OLIVEIRA, Edmundo. *O Universo da Segurança Humana*. COPLAD – ILANUD PUBLICATION, SAN JOSÉ – COSTA RICA, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como Experiência Cooperativa Interinstitucional de Governo Aberto no Brasil. In: *48 visões sobre a corrupção*. Quartier latin, 2016.

PETERS, Anne. *Corruption and Human Rights*. Working paper series N° 20, Basel Institute on Governance, September 2015.

PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013.

Sites Consultados:

BRASIL: *Fuga de Capitais, os Fluxos Ilícitos, e as Crises Macroeconômicas, 1960-2012*. Atualizado em Setembro/2014". Disponível em: <http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/09/Brasil-Fuga-de-Capitais-os-Fluxos-Il%C3%ADditos-e-as-Crises-Macroecon%C3%B4micas-1960-2012.pdf>. Acesso em: 01 maio. 2020.

<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>. Acesso em: 01 dez. 2019.

<http://www.eoitax.org/jurisdictions/BR#default>. Acesso em: 01 maio. 2020.

<https://www.hcch.net/index.cfm?oldlang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2020.

<http://www.stf.jus.br/convencaoahaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaDireito>. Acesso em: 28 fev. 2020.

http://www.oecd.org/tax/exchange-of-taxinformation/Status_of_convention.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.

<https://sustainabledevelopment.un.org>. Acesso em: 01. dez 2019.

<https://www.justica.gov.br/sua-protacao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/manual-penal-online-final-2.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.

PERSPECTIVAS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO COMBATE À CORRUPÇÃO GLOBALIZADA

*PERSPECTIVES OF TRANSCONSTITUTIONALISM IN THE
FIGHT AGAINST GLOBALIZED CORRUPTION*

Augusto César Monteiro Filho

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Processo Civil e em Direito e Economia pelas Escolas da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

*Especialista em Jurisdição Constitucional e Tutela dos
Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa (Itália). Procurador Federal.*

Flávia Cristina Piovesan

Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo nas Disciplinas de Direito Constitucional e Direitos Humanos. Desenvolveu estudos de pós-doutoramento na Harvard university, na Universidade de Oxford e no Max-Planck-institute for comparative public law and international law. Procuradora do Estado de São Paulo licenciada. Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Marco Conceitual: Corrupção e Transconstitucionalismo; 2 A proteção jurídica multinível da pessoa humana ; 3 A imperiosa aproximação dialógica entre as jurisdições local, regional e global no enfrentamento à corrupção transnacional; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: A globalização e o crescente relacionamento internacional têm ressignificado o alcance dos comportamentos humanos, gerando interdependência econômica entre os países do mundo. Coloca-se em relevo, nesse contexto, a potencial propagação dos efeitos de acontecimentos ocorridos em um dado território à economia e aspectos sociais de outros, assim como a própria conexão recíproca de tais eventos. Inafastável, portanto, a internacionalização de questões humanitárias, ambientais, econômicas, sanitárias, dentre tantas outras, em cujo bojo insere-se a criminalidade transnacional, a saber: contrabando, terrorismo, narcotráfico, exploração da imigração ilegal, tráfico de seres humanos, de armas, crime financeiro internacional, crimes cibernéticos (pedofilia na internet) – ilícitos perpetrados, no mais das vezes, por organizações criminosas estruturadas que, por intermédio da assim chamada delinquência global, convolveram-se em organizações detentoras de poderosa força política. Nesse cenário de crescente integração internacional, objetiva o presente artigo problematizar as perspectivas do transconstitucionalismo e sua potencialidade em fortalecer o enfrentamento do multifacetado fenômeno da corrupção transnacional, como forma de promover a expansão da tutela jurídica multinível da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Globalização. Proteção Jurídica Multinível. Cooperação Internacional. Transconstitucionalismo.

ABSTRACT: And the growing international relationship have re-signified the reach of human behavior, generating economic interdependence between countries in the world. In this context, the potential propagation of the effects of events that occurred in a given territory to the economy and social aspects of others is highlighted, as well as the very reciprocal connection of such events. Therefore, the internationalization of humanitarian, environmental, economic and sanitary issues, among many others, cannot be avoided, in which the transnational crime is inserted, namely: smuggling, terrorism, drug trafficking, exploitation of illegal immigration, human trafficking, weapons, international financial crime, cyber crimes (pedophilia on the internet) - illicit acts perpetrated, more often than not, by structured criminal organizations that, through the so-called global delinquency, have convoluted themselves in organizations with powerful political force. In this scenario of increasing international integration, the purpose of this article is to problematize the perspectives of transconstitucionalism and its ability to assist in facing the multifaceted

phenomenon of transnational corruption, as a way of promoting the expansion of multilevel legal protection of the human person.

KEYWORDS: Corruption. Globalization. Multilevel Legal Protection. International Cooperation. Transconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização e a conseqüente maior integração econômica entres os Estados, com a criação de ambientes comuns de comércio internacional, sem barreiras, livre circulação de pessoas, mercadoria e prestação de serviços, trouxe consigo, como bem apreende José Eduardo Faria¹, uma redefinição do conceito de soberania estatal, por assim dizer, assim como o enfraquecimento de seu poder de regulação no plano jurídico-institucional, mercê do protagonismo assumido por agentes econômicos e de mercado, operando-se um certo “deslocamento informal” do poder decisório. Seguem excertos de sua instigante reflexão:

[...] A transnacionalização das decisões econômicas e das transações financeiras, por sua vez, abriu caminho para a expansão do mercado de euromonedas, o surgimento de centros financeiros offshore e a ampliação do volume de créditos privados destinados às economias emergentes, quer na Ásia, quer na América Latina. E, à medida que os bancos de investimentos, corretoras de valores, companhias de seguros e fundos de pensão tornaram-se capazes de operar *on line* e escala planetária, graças à revolução tecnológica, à informática, à microeletrônica e às telecomunicações, o sistema de relações interbancárias converteu-se num dos principais mecanismos de refinanciamento dos bancos internacionais, levando ao progressivo aparecimento de um sem-número de operações financeiras fora do controle dos mecanismos nacionais de reservas monetárias. [...]

No âmbito industrial, paralelamente, com a informatização das linhas de produção, as rígidas instalações industriais de caráter fordista foram substituídas por fábricas mais leves, enxutas e flexíveis, o que permitiu a fragmentação das atividades produtivas em cidades, nações,

1 FARIA, José Eduardo. O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade. In: *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. Flávia Piovesan (Coordenadora), Max Limonad, 2002. p. 597-607.

regiões e continentes distantes e levou as empresas transnacionais a encararem as diferentes sociedades como conjunto de grupos e mercadorias unidos em rede. [...]

Na mesma senda, Mário Lúcio Quintão Soares² aquilata a ressignificação gradativa do conceito de soberania, com o protagonismo cada vez maior de interações entre os Estados para o enfretamento de questões comuns que lhes digam respeito, também crescentes, como a paz comunitária, assuntos econômicos, ambientais, dentre tantos outros. Obtempera:

[...] O conceito de soberania tem sido reformulado, desde a Primeira Grande Guerra, de forma concreta, através de tratados internacionais, em virtude dos quais os Estados adquirem direitos e contraem obrigações, criando-se organizações internacionais, tais como a SDN (Sociedade das Nações) – Tratado de Versalhes ou a ONU (Organização das Nações Unidas) – Carta das Nações Unidas, com poderes para impor suas decisões de forma coativa, apelando inclusive para forças militares.

O conceito de soberania relativa começa a predominar na doutrina, plenamente compatível com a existência do DIP, sendo-lhe próprio vincular, especialmente, os Estados independentes, constituindo com eles uma comunidade jurídica. [...]

A noção de soberania, acentuadamente histórica e jurídica, que serviu para consolidar a noção de Estado, desvirtuada em reflexões ideológicas, constitui, entretanto, obstáculo a ser transposto, exigindo como pressuposto a consolidação do Estado Democrático de Direito e implicando a participação da sociedade civil nas decisões pertinentes à delegação de competências para instituição de órgãos supranacionais, visando concretizar o processo de integração perpetrado pelas organizações internacionais. [...]

Tercio Sampaio Ferraz Jr.³ assinala ser a globalização, certamente, uma expressão ambígua e vaga. De um lado, admite sentidos conceituais distintos, de outro, aponta para distintos objetos. Na sua vagueza, refere-se ora a um entrelaçamento das economias nacionais em planos mundiais,

2 SOARES, Mário Lúcio Quintão. A metamorfose da soberania em face da mundialização. In: *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional, desafios do direito constitucional internacional*. Flávia Piovesan (Coord.), Max Limonad, 2002. p. 543-563.

3 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional, Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Editora Manole, 2007. p. 540.

ora para formas extensas de comunicação, ora para uma interpenetração cultural etc. Na sua ambiguidade, ora revela a simultaneidade *in praesentia* dos eventos, ora uma generalização dos sentidos prevaletentes, inaugurando uma forma cultural diferente.

A criminalidade, de igual sorte, globalizou-se - corolário do fenômeno da internacionalização das economias nacionais.

Seu adequado enfretoamento reclama um concerto global, uma reunião de esforços e prestígio à cooperação internacional, sobretudo no que toca à corrupção transnacional e à recuperação de ativos desviados - o que denota a importância dos tratados internacionais subscritos e ratificados a esse respeito, incorporados, dessarte, às ordens jurídicas internas.

Salienta Paulo Henrique Gonçalves Portela⁴, enaltecendo a cada vez mais necessária vertente cooperativa do Direito Internacional:

[...] O Direito Internacional Público destina-se não só a gerar efeitos no âmbito das relações internacionais, mas também dentro dos Estados. Com efeito, as normas internacionais prescrevem condutas que deverão ser executadas exatamente pelas autoridades responsáveis pela condução das relações internacionais de um ente estatal. [...]

Notadamente a partir do século XX, a cooperação internacional consolidou-se como traço marcante do Direito Internacional, que deixou, portanto, de meramente regular o convívio entre Estados, com vistas a manter o *status quo* internacional, para servir também como meio para que estes alcançassem objetivos comuns. Com a expansão da vertente cooperativa do Direito Internacional, surgiram também as organizações internacionais, que se firmaram como novos sujeitos de Direito Internacional. Por fim, permitiu-se a diversificação das matérias tratadas pelo Direito Internacional, visto que são vários os assuntos objeto da cooperação internacional, a exemplo dos direitos humanos, do meio ambiente, do combate ao crime e aos ilícitos transnacionais, da cultura, da ciência e tecnologia e do esporte [...].

Priscila Akemi Beltrame e Juliana Correia de Araújo⁵ ao abordarem o tema *compliance* e as organizações internacionais bem demonstram os

4 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6. ed. jusPodium, 2014. p. 47/48 -51.

5 BELTRAME, Priscila Akemi; ARAÚJO, Juliana Correia de. Compliance e as Organizações Internacionais. In: *Manual de Compliance*. André Castro Carvalho, Rodrigo de Pinho Bertocelli, Tiago Cripa Alvim e Otavio Venturini (Coordenadores), gen & Forense ed. 2018. p. 706

esforços empreendidos em âmbito global, vocacionados ao enfrentamento do fenômeno da corrupção, tema prioritário na agenda internacional:

[...] As organizações internacionais são entidades formadas por Estados e que personalizam interesses desta coletividade formando uma pessoa jurídica distinta da vontade individual de seus membros. Para levarem a cabo seus objetivos, geram recursos humanos, físicos, jurídicos, tecnológicos e financeiros, assim como ativam mecanismos de governança para orientar os processos decisórios e de representatividade interna. Elas por vezes cumprem o papel de incubadoras de tratados internacionais pelo fato de serem especializadas em algum campo de interesse internacional ou de atuação regional e por dialogarem diretamente com os Estados negociando iniciativas vinculadas ao seu mandato.

Especificamente em relação ao tema da corrupção, este começou a ser tratado no âmbito dos mandatos das organizações internacionais a partir da percepção de que a corrupção é um fenômeno que distorce não só valores da economia globalizada, mas da própria disputa por acesso a mercados. Com isso, os países interessados em projetar esta preocupação em fóruns mundiais colocaram o tema na agenda internacional. [...]

Deveras, o enfrentamento a esse tipo de delito não revelar-se-á eficaz se relegado apenas ao âmbito interno de cada Estado, muitos dos quais ainda em desenvolvimento e submetidos a regimes de exceção.

Nessa toada, a corrupção há de ser enfocada como um fenômeno complexo e multifacetado, derivado de múltiplas causas a irradiarem consequências aptas a alcançarem todo o desenvolvimento social, abrangendo entidades e empresas estatais e privadas. Influencia a qualidade da democracia e a credibilidade das instituições - portanto, os aspectos civil, político, econômico, social, cultural e ambiental de um Estado.

Com efeito, sua prática ostensiva e sistemática enfraquece a governança e as instituições democráticas, promove a impunidade, mina o estado de direito e exacerba a desigualdade socioeconômica, tanto em razão de uma ineficiente alocação dos recursos produzidos pela sociedade, quanto em virtude de uma deformação na formulação e execução de políticas públicas, sobretudo aquelas atinentes aos direitos sociais, cuja concreção fenomênica pressupõe custos e dotação orçamentária prévia.

Vito Tanzi e H. Davoodi⁶ identificam diferentes maneiras pelas quais a corrupção pode prejudicar o desempenho econômico de um país, na medida em que afeta as decisões de investimentos, limita o crescimento econômico, altera a composição dos gastos governamentais, distorce a livre concorrência, abala a legitimidade dos governos e a confiança no Estado.

Observam os autores que a corrupção reduz o incentivo ao investimento produtivo, pois é interpretada como mais uma taxa a ser paga, diminuindo a rentabilidade dos projetos.

Os efeitos também são sentidos no investimento estrangeiro direto (IED), dado que países mais corruptos apresentam maior “custo informal”, o que limita a competitividade do país frente a esse investimento. Nesse cenário, a incerteza sobre a necessidade de um pagamento adicional de recursos para viabilização de um projeto desestabiliza o ambiente de negócios do país, colocando-o em desvantagem em relação aos seus competidores.

Investidores internacionais – prosseguem os autores, certamente avaliam a qualidade institucional do país, o grau de corrupção e de efetividade do governo na administração pública, a segurança jurídica e, portanto, a previsibilidade de retorno de aportes financeiros em atividades produtivas a serem financiadas.

Acresça-se que o desvio de certo montante financeiro para atividades ilegais provoca queda nas receitas arrecadadas pelo governo, ocasionando perdas orçamentárias e reduzindo a possibilidade de financiamento de gastos produtivos e, bem assim, da eficácia dos recursos distribuídos pelo setor público.

Fechando o pernicioso ciclo – concluem os estudiosos, a corrupção enseja a alocação ineficiente dos recursos, uma vez que os ativos financeiros são desperdiçados em atividades caçadoras de renda (“*rent seeking*”) e improdutivas; gera ineficiência na administração pública, pois os contratos licitados ganhos por empresas corruptoras podem comprometer a qualidade dos serviços e da infraestrutura pública, impactando negativamente a produtividade total da economia; distorce a composição dos gastos públicos, pois o governo tende a favorecer projetos nos quais a lucratividade gerada pela corrupção seja maior, advindo, por corolário, a deformação das políticas sociais e de desenvolvimento, numa verdadeira inversão de prioridades alocativas.

6 TANZI, V.; DAVOODI, H. Corruption, Public Investment, and Growth. International Monetary Fund. 1997. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp97139.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

1 MARCO CONCEITUAL

a. Corrupção

Jarbas Luiz dos Santos⁷, recorrendo a Aristóteles, apresenta-nos uma definição de corrupção que, a despeito de não ostentar caráter técnico-jurídico, permite-nos extraírmos a ideia de sua essência. Confira-se:

[...] Aristóteles aponta a corrupção, em sua obra *Física* (V, 225, a, 17) como sendo uma das quatro causas de “movimento” (i.e., transformação), em virtude do qual a substância se gera ou se destrói. É a corrupção, assim, “uma mudança que vai de algo ao não-ser desse algo; é absoluta quando vai da substância ao não-ser da substância, específica quando vai para a especificação oposta” (apud Abbagnano, 2007, p. 250). Ao conceito aristotélico de “corrupção” opõe-se o de “geração”. [...]

Mercê da inexistência de um marco conceitual unívoco para o termo corrupção, recorre-se à definição abrangente encampada pelo Banco Mundial (World Bank), de acordo com Drew Harker e Nathaniel Castellano⁸:

ato de corrupção consiste na oferta, concessão, recebimento, solicitação, direta ou indireta, de qualquer item de valor com o intuito de influenciar indevidamente as ações de outra parte; (b) fraude refere-se a qualquer ato ou omissão, incluindo uma declaração falsa, que sabidamente ou imprudentemente engana, ou tenta enganar, uma parte para obter benefícios financeiros ou não, para evitar o cumprimento de uma obrigação; (c) colusão é o arranjo entre duas ou mais partes com a intenção de alcançar um propósito impróprio, incluindo a influência imprópria das ações de outra parte; (d) correção é “o dano ou a ameaça de dano a uma pessoa de modo a influenciar de modo impróprio suas ações”; e (e) obstrução é “(i) a destruição deliberada, falsificação, alteração ou ocultação de provas materiais de uma investigação ou a provisão de falso testemunho a investigadores de modo a materialmente impedir uma investigação do Banco relacionada a alegações de prática corrupta, fraudulenta, coercitiva ou colusiva; e/ou a ameaça, assédio ou intimidação de qualquer parte para preveni-la de apresentar seu conhecimento de assuntos relevantes à investigação ou de seguir com

7 SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Corrupção – Corresponsabilidade dos Agentes Estatais e da Sociedade Civil à luz do “Republicanismo”*. In: 48 visões sobre a corrupção, *quartier latin*, 2016, p. 70.

8 HARKER, Drew A.; CASTELLANO, Nathaniel E. The World Bank sanctions system, 01.02.2017. *Briefing Paper n° 17-3*. Disponível em SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2922782>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

a investigação; ou (ii) atos com o propósito de materialmente impedir o exercício dos direitos contratuais do Banco de auditar ou acessar informação”.

A Transparência Internacional⁹, à míngua de um conceito fechado, consigna consistir corrupção “*no abuso do poder confiado para ganho privado*”, ou seja, no desvio ou abuso do poder com a finalidade de permitir a famigerada sobreposição do pessoal ao coletivo. Pode ser classificada como grande, mesquinha e política, dependendo da quantidade de dinheiro perdido e do setor em que ocorre. Tem-se, sucintamente, o seguinte cenário:

[...] A grande corrupção consiste em atos cometidos em um alto nível de governo com aptidão para distorcerem as políticas ou o funcionamento central do Estado, permitindo que os líderes se beneficiem às custas do bem público.

A corrupção mesquinha se refere ao abuso cotidiano do poder confiado a funcionários públicos de nível baixo e médio em suas interações com cidadãos comuns, que frequentemente tentam acessar bens ou serviços básicos em locais como hospitais, escolas, departamentos de polícia e outras agências.

A corrupção política consiste na manipulação de políticas, instituições e regras de procedimento na alocação de recursos e financiamento por tomadores de decisão política, que abusam de sua posição para sustentar seu poder, status e riqueza¹⁰. [...]

No setor privado, as infrações incluem práticas anticompetitivas e afronta às normas regulatórias, condutas que merecem menção por

9 A Transparency International é hoje possivelmente a mais importante organização não-governamental cujo escopo precípua radica-se no combate à corrupção. Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Acesso em 24 out. 2019.

10 Generally speaking as “the abuse of entrusted power for private gain”. Corruption can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs. Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the state, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low- and mid-level public officials in their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies. Political corruption is a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth.

sua relevância na abordagem do fenômeno, porém, assente-se, não serão aprofundadas no presente artigo.

b. Transconstitucionalismo

Interessa apresentar, de partida, excerto do preâmbulo da obra de Marcelo Neves¹¹, ao consignar a necessidade de comunicação e criação de espaços dialógicos entre as diversas ordens jurídicas num contexto de crescente e inevitável fenômeno de integração global:

[...] O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra. [...]

José Eduardo Faria¹², reconhecendo a proeminência de organizações empresariais transnacionais e, bem assim, a circunstância de influenciarem a própria agenda decisória dos Estados, alude à crescente inaptidão do direito positivo doméstico para lidar com questões cada vez mais complexas, relacionadas a fatos multifacetados e heterogêneos. Vejamos.

[...] Diante da integração dos sistemas produtivos e financeiro em escala mundial, do subseqüente enfraquecimento do poder de controle

11 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. XXI.

12 FARIA, José Eduardo. O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade. In: *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. Flávia Piovesan (Coordenadora), Max Limonad, 2002. p. 597-607.

e intervenção sobre os fluxos de capitais pelos bancos centrais e da progressiva autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados e especializados, o Estado também não consegue mais disciplinar e regular a sociedade e a economia por meio de seus instrumentos normativos tradicionais. Com as intrincadas tramas e entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores econômicos, no âmbito dos mercados transnacionalizados, seu direito positivo e suas instituições judiciais têm um alcance cada vez mais reduzido. Como foram concebidos para atuar dentro de fronteiras territoriais precisas, sua jurisdição e suas barreiras geográficas vão sendo superadas ou relativizadas pela expansão da microeletrônica, da informática, das telecomunicações e dos sistemas de transportes. [...]

Além disso, o Estado também enfrenta uma outra grave limitação estrutural. Seus sistemas jurídico e judicial, além do problema do esvaziamento de sua jurisdição, já não mais se revelam capazes de atuar de modo eficaz. Suas normas padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade e da abstração, e tradicionalmente organizadas sob a forma de um ordenamento lógico-formal fechado e hierarquizado, são singelas demais para disciplinar ações crescentemente complexas. Elas não conseguem dar conta, de maneira lógica, de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Mostram-se igualmente incapazes de regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos. [...]

Na senda do quanto assinala Tércio Sampaio Ferraz Jr¹³, tem-se que a globalização altera, sobretudo, a concepção do próprio direito, visto agora como um fenômeno de integração simultânea, não redutível a sistemas legais cujo protótipo foi a ordem escalonada à moda de Kelsen. Vejamos.

[...] Dá-se, do lado privado, o aparecimento do que a doutrina começa a chamar de direito responsivo, não controlado, operacionalmente, por velhos paradigmas como da liberdade/responsabilidade, contrato como interrelação individual, substituído, hoje, ao menos no direito do consumidor e da intercorrência por concepções integradas: um contrato envolve, para além dos contratantes, a consideração de uma série de situações simultâneas, de economia de escala, de complexidades trabalhistas, de regulação multiestatal, de finanças públicas e privadas,

13 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional, Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Editora Manole, 2007. p. 551-552.

obrigando o jurista a ter olhos abertos para uma complexidade muito superior à mera complexidade normativa estatal.

Do lado público, a noção de norma fundamental de ordem escalonada começa a ser questionada pela percepção de uma estrutura normativa em rede, em que o escalonamento se particulariza como um esquema de algumas ordens (como a constitucional), mas não pode ser generalizado para o direito como um todo. Nesse, ao contrário, o que se observa é uma intersecção de diversos ordenamentos, comandada por uma regulação aberta, baseada em princípios irreduzíveis a uma hierarquia.

Em suma, a globalização nos obriga a repensar os localismos, a considerar as imposições multifárias e simultâneas. De uma sociedade fundada na lógica da inclusão/exclusão, passamos pela sociedade funcional e chegamos a uma sociedade de descentralizações coordenadas/descoordenadas, em que o centro parece estar em toda parte e, ao mesmo tempo, em parte alguma, em que a pessoa como ser livre, ganha uma tão larga proteção que, quanto mais a protege, mais a reduz a um sujeito sob imposições e submissões.

E esse é o desafio a ser enfrentado na oposição privado/público, sigilo/transparência, liberdade/controlado, Estado/cidadania, no limiar do século XXI". [...]

Discorrendo sobre a dicotomia entre o Constitucionalismo Global e o Constitucionalismo Nacional, J. J. Gomes Canotilho¹⁴ nos oferece a *ratio* do surgimento e cada vez maior consolidação daquele, pautada, ontologicamente, no *jus cogens* e nos direitos humanos:

[...] A *globalização das comunicações e informações* e a “expansão mundial” de unidades organizativas internacionais (organizações não governamentais), privadas ou públicas (mas não estatais), deslocam o papel obsidiante do “actor estatal”, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e económica cada vez mais estruturante. A isto acresce que os *fins* do estado não são imutáveis. Se ontem a “conquista territorial”, a “colonização”, o “espaço vital”, o “interesse nacional”, a “razão de estado” surgiam sempre como categorias quase ontológicas, hoje os fins dos estados podem e devem ser os da construção de “Estados abertos e internacionalmente “amigos”

14 CANOTILHO, J. J. Gomes *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Almedina, 2002. p. 1353/1354.

e “cooperantes” no plano externo. Por isso, o *phatos* de um programa de “paz mundial” assenta na intensificação do “desarmamento” e na viabilização efectiva de uma segurança coletiva. Nesse contexto, readquire virtualidades crescentes a *organização internacional*, sobretudo na sua forma de associação geral entre as Nações – Nações Unidas.

Estes parâmetros teóricos influenciam hoje claramente as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. Com efeito, as relações internacionais devem ser cada vez mais reguladas em termos de *direito* e de *justiça*, convertendo-se o *direito internacional* numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da “política e relações internacionais” quer da própria construção constitucional interna. Para além deste *jus cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os *direitos humanos* –, articuladas com o papel da *organização internacional*, fornecerão o enquadramento razoável para o constitucionalismo global. [...]

Em pleno século XXI e no auge da sociedade de informações, na qual um acontecimento em um dado local irradia efeitos desconhecendo fronteiras físicas, com aptidão para gerar impactos políticos, sociais e econômicos em outros Estados – reitere-se; impõe-se a atuação coordenada das nações e organismos internacionais no intuito de combater a corrupção transnacional – um dos grandes desafios da agenda contemporânea internacional.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA MULTINÍVEL DA PESSOA HUMANA

Impende colacionar, de início, o escólio de Daniel Sarmento¹⁵ sobre o valor-fonte da dignidade humana, mercê da referência histórica apresentada:

A mais importante formulação sobre a dignidade humana do Iluminismo – provavelmente a mais influente em toda a história – é do filósofo alemão Immanuel Kant, à qual se voltará diversas vezes ao longo deste estudo. É conhecida a teoria Kantiana de que as pessoas, diferentemente das coisas e dos animais, não têm preço, mas *dignidade*, constituindo

15 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana, Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. 2. ed. Fórum, 2019. p. 35-36.

fins em si mesmas. Kant fundamentou essa dignidade na autonomia da pessoa humana, que lhe confere a capacidade de agir de acordo com a moralidade. A autonomia, para Kant, é uma característica universal dos seres racionais capazes de descobrir e de se autodeterminar pela lei moral. Ela não depende de classe social, raça ou qualquer outro fator. Daí a formulação do conhecido imperativo categórico da dignidade, cujo viés igualitário é evidente: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”.

Abordando a temática da dignidade da pessoa humana; sua unidade axiológica e, abrindo espaço para aportar ensinamentos acerca das perspectivas do transconstitucionalismo, recorreremos a Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, para quem:

[...] Como bem lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como uma espécie de “alfa e ômega” do sistema dos direitos fundamentais.

Tal concepção, à evidência, aplica-se também ao nosso constitucionalismo, igualmente caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que, no seu artigo 1º, inciso III, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com seu texto – pode ser considerada como sendo uma Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana, ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade. [...]

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações. In: *Direitos Humanos, Democracia e República*. Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Caudineu de Melo (Org.), *quartier latin*, 2009, p. 522-523.

No que diz respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, insta trazer à colação a percepção da Comissão Interamericana de Derechos Humanos¹⁷, no que atina com os deletérios efeitos da corrupção:

[...] En su Resolución 1/17 relativa al tema corrupción, la CIDH “reafirma la importancia que tiene la lucha contra la corrupción para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya efectividad depende de políticas y presupuesto públicos.” En dicha resolución, referida principalmente a Guatemala, la CIDH estableció:

“En su seguimiento a la situación de derechos humanos en el país, la Comisión observó las consecuencias de la corrupción, que afecta no sólo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario nacional, de por sí insuficiente para satisfacer los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, vida digna y justicia. De igual modo, señaló que la corrupción, junto con la impunidad, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia efectiva

del Estado de Derecho y restringen el pleno goce de los derechos humanos que la Convención Americana reconoce a toda persona. Las consecuencias son particularmente graves para las personas, grupos y colectividades históricamente excluidas, en especial para quienes viven en situación de pobreza y pobreza extrema en el país”.

[...] La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad. Entre estos grupos, las mujeres, los líderes sociales, defensores del derecho a la tierra, pueblos afrodescendientes y pueblos indígenas son los más afectados. Asimismo, el impacto de la corrupción es muy grave en la

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, en las personas migrantes, y en personas LGBTI. [...]

Flávia Piovesan¹⁸ - com arrimo em Antonio Cassese, assenta a constatação de que a soberania estatal vem gradativamente sendo ressignificada mercê da necessária rearticulação do poder público de maneira pluralista e policêntrica, demandando-se, nessa esteira, maior cooperação entre os diversos sistemas com vistas a reduzir a fragmentação.

Nessa quadra e considerada a emergência do paradigma do *human rights approach*, tem-se que o estímulo à colaboração entre as jurisdições internas e internacionais, mediante a aproximação dialógica e construtiva de seus aspectos tende a franquear espaço profícuo no sentido de otimização da proteção dos direitos fundamentais - expressão da dignidade humana¹⁹:

[...] O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do mínimo ético irreduzível. [...]

Nesse diapasão, debruçando-se sobre a abertura internacional e a abertura da Constituição, ou seja, sobre o fenômeno da crescente constitucionalização do direito internacional, J. J. Gomes Canotilho²⁰ pontua que estas não se voltam a qualquer ordem internacional, mas àquela comprometida com a primazia da função emancipatória dos direitos humanos. Vejamos.

[...] A abertura internacional e a abertura da Constituição, nos termos acabados de descrever, não são uma abertura para *qualquer* ordem internacional. Pelo contrário, é uma ordem internacional informada e conformada por determinados princípios a que se refere o artigo 7º da Constituição da República. A ordem internacional e as relações

18 PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli (Coord.), Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013. p. 116.

19 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Coordenadores), Editora *Lumen Iuris*, Rio de Janeiro, 2010, 2ª tiragem, p. 52-53.

20 CANOTILHO, op. cit. p. 370.

internacionais devem assentar em princípios intrinsecamente justos: o princípio da independência nacional, o respeito dos direitos dos homens, dos direitos dos povos, da igualdade entre os estados, de solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para emancipação e progresso da humanidade (art. 7º/1). [...]

Marcelo Neves obtempera que o fechamento cognitivo das múltiplas ordens jurídicas internas às recíprocas influências seria caminho equivocado e obstaculizador do surgimento da “*transversalidade constitucional*”, advindo, possivelmente, desse cenário de fechamento normativo de uma ordem perante a outra, a solução inadequada de problemas constitucionais comuns.

[...] O transconstitucionalismo, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, apresenta-se como o modelo fundamental de viabilização de um tratamento satisfatório desse risco. Nesse contexto, não apenas emergem problemas constitucionais para uma pluralidade de ordens, mas também há “o desenvolvimento de elementos constitucionais de diferentes níveis”. Em alguns casos, uma das ordens envolvidas pode não dispor positivamente dos elementos constitucionais. Não obstante, ao confrontar-se com os problemas constitucionais no contexto de uma sociedade mundial complexa e ao deparar com pretensões de outras ordens jurídicas, a ordem avessa inicialmente ao constitucionalismo tende a desenvolver, em seu discurso, elementos constitucionais para concorrer à solução do caso. Um mero desprezo à colisão tende a ter efeitos negativos em todas as direções, inclusive para a própria ordem que pretende desconhecer o respectivo entrelaçamento transconstitucional dos problemas comuns. Dessa maneira, o transconstitucionalismo apresenta-se como uma exigência funcional e uma pretensão normativa em um sistema mundial de níveis múltiplos.²¹

André de Carvalho Ramos²², demonstrando a verdadeira expansão do Direito Internacional e o crescimento exponencial de tribunais internacionais nos últimos tempos, alude ser este fenômeno decorrente das crises vivenciadas pela humanidade nesse início de século XXI, mediante a necessidade de enfrentamento de questões comuns e supraestatais como o são a ambiental, a econômica, a política e a social em tempos de globalização

21 NEVES, op. cit., p. 237-238.

22 RAMOS, André de Carvalho. Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha (Coord.), Gazeta Jurídica, Brasília, 2016. p. 444-445.

e mercados interligados, registrando, outrossim, o estabelecimento de doze novos tribunais internacionais nas últimas décadas. Vejamos.

[...] Os números são eloquentes. Houve o estabelecimento de doze novos tribunais internacionais nos últimos vinte anos, como o Tribunal do Mar, a Corte do Espaço Econômico Europeu (EFTA Court), a Corte Centro-Americana de Justiça, a Corte da Comunidade de Estados Independentes, A Corte de Justiça do Mercado Comum do Sudeste e Leste Africano (Comesa Court), o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica da África Ocidental (Ecowas Court), o Tribunal de Justiça do Mercado Comum do Caribe (Caricom Court) e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Ou seja, nesses últimos anos foram criados mais tribunais internacionais permanentes do que em todas as décadas anteriores, pois, até 1990, existiam apenas seis em atividade, a saber: Corte Internacional de Justiça, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, do Pacto Andino, do Benelux e as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. [...]

Essa expansão do Direito Internacional acelerou-se com as crises vivenciadas pela humanidade nesse início de século XXI. Há uma crise ambiental, que assola o planeta (o derretimento do Polo Norte é apenas um de seus exemplos), social (a desigualdade social crônica e miséria de centenas de milhões envergonham a humanidade), econômica (com a crescente debilidade do dólar, “moeda nacional internacional”, porém sem lastro e dependente cada vez mais dos desejos chineses) e política (com as “guerras sem fim”, violações brutais de direitos e omissão da ONU). Tais crises erodem a capacidade de um Estado isolado de fazer frente a tais desafios, como se vê hoje na crise econômica dos Estados Unidos e da Europa, o que gera o apelo ao Direito Internacional. [...]

Traduzindo essa perspectiva aberta e globalizadora sobre o diálogo entre os sistemas europeu e americano de direitos humanos, Javier García Roca, Humberto Nogueira Alcalá e Rafael Bustos Gisbert²³ reforçam sua natureza supranacional, com inevitável impacto interno em virtude das obrigações internacionais assumidas por força dos tratados subscritos e ratificados pelos Estados.

23 ROCA, Javier García; ALCALÁ, Humberto Nogueira; GISBERT, Rafael Bustos. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. ROCA, Javier García et al, Civitas: Thomson Reuters, Madrid, Primera Edición, 2012. p. 67.

Afirmam que o Direito, por definição, encontra-se submetido de forma permanente a revisão a partir de imperativos de racionalidade, modernidade e eficiência, assentando que o grau de abertura ao diálogo e à comparabilidade dos ordenamentos dos diferentes países configura uma escala quantitativa (VERGOTTINI), mas que em qualquer grau do mesmo fenômeno, toda a abertura volta-se à especulação doutrinária e jurisprudencial, afigurando-se sempre um bom indício acerca da profundidade do estudo fático e jurídico e, bem assim, da rejeição às superstições.

3 A IMPERIOSA APROXIMAÇÃO DIALÓGICA ENTRE AS JURISDIÇÕES LOCAL, REGIONAL E GLOBAL NO ENFRETAMENTO À CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

Chandra Lekha Sriram²⁴ ao abordar as perspectivas dos diálogos e interações transnacionais²⁵, forte no magistério de Harold Koh, professor de direito que também foi Secretário de Estado Adjunto dos EUA para a Democracia e os Direitos Humanos, por vários anos sob o governo Clinton -; sustenta que no processo legal transnacional, vários atores - estados, juízes, ONGs, instituições internacionais e corporações - interagem para elaborar, interpretar, fazer cumprir e, finalmente, internalizar regras do direito internacional.

Argumenta que os elementos-chave do processo legal transnacional são a interação, a interpretação e a internalização. O direito internacional não é, portanto, algo imposto de uma forma hierárquica de cima para baixo, mas um conjunto de regras que disseminam interações entre uma

24 SRIRAM, Chandra Lekha. International law, International Relations, theory and post-atrocity justice: towards a genuine dialogue. In: *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*. Vol. 82, No. 3 (May, 2006), p. 467-478.

25 *Transnational legal process*

Finally, some international legal scholars, informed in part by constructivism and liberal theory, but drawing primarily upon expertise as legal analysts and practitioners, have developed theories of transnational legal process. Foremost among these is Harold Koh, a law professor who was also US Assistant Secretary of State for Democracy and Human Rights for several years under the Clinton administration.

In transnational legal process, according to Koh, various actors – states, judges, NGOs, international institutions and corporations – interact to make, interpret, enforce and, ultimately, internalize rules of international law. He argues that the key elements of transnational legal process are interaction, interpretation and internalization. International law is thus not something that is imposed in a top-down hierarchical fashion, but a set of rules that disseminate *interactions* among a variety of actors within and across borders. These interactions allow actors to develop legal *interpretations* of rules, which can in turn be *internalized* into domestic law. Equally importantly, perhaps, this approach to international law diverges significantly from traditional state-centric approaches in the multiplicity of actors that might be engaged in the creation and interpenetration of legal obligations. A noteworthy subset of transnational legal process is transnational judicial dialogue, whereby national judges may engage in interpretation informed by judges of courts of other nations, regional courts and transnational courts.

variedade de atores dentro e além das fronteiras, as quais permitem que estes desenvolvam interpretações legais de regras, que podem, por sua vez, ser internalizadas no direito doméstico.

A autora coloca em evidência, ainda com escólio em Koh, que essa abordagem do direito internacional diverge significativamente das abordagens tradicionais centradas no Estado, ao enfatizar a multiplicidade de atores com aptidão de estarem envolvidos na criação e interpenetração de obrigações legais.

Consigna, por relevante, que um subconjunto digno de nota do processo legal transnacional é o diálogo judicial transnacional, segundo o qual os juízes nacionais podem se envolver na interpretação informada pelos juízes dos tribunais de outras nações, tribunais regionais e tribunais transnacionais.

Avaliando a coordenação no labor dos Tribunais Internacionais contemporâneos frente a sua missão comum, Antônio Augusto Cançado Trindade²⁶ assevera:

[...] É alentador que as *cross-references* jurisprudenciais tenham se tornado mais frequentes no labor dos tribunais internacionais contemporâneos, em matéria de proteção dos direitos da pessoa humana. Nesta tendência, testemunhamos um fenômeno próprio de nossos tempos. Hoje em dia, a solução de controvérsias internacionais (inclusive pela CIJ) não mais se limita às que ocorrem em nível *inter*-estatal, mas abarcam também as que têm lugar em nível *intra*-estatal; ademais, é alentador verificar que existem hoje tribunais internacionais que buscam solucionar também estas últimas, ampliando assim o âmbito da própria solução de controvérsias, na medida em que, mais além desta, também dizem o que é o Direito. [...]

Os seres humanos passam a figurar como sujeitos, tanto *ativos* (ante os tribunais internacionais de direitos humanos) como passivos (ante os tribunais penais internacionais), do Direito internacional. A atual expansão da jurisdição internacional aumenta o número dos *justiciáveis* em nível internacional (ante a multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos), com a concomitante expansão da *personalidade* internacional assim como da *responsabilidade* internacional. [...]

26 CANÇADO TRINDADE, A. A. A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo. In: *O Direito Internacional e o Primado da Justiça*. Antônio Augusto Cançado Trindade e Antônio Celso Alves Pereira (Coeditores), Renovar, 2014. p. 48-49.

É este um desenvolvimento contemporâneo altamente significativo, devido ao despertar da consciência humana para sua importância; e, tal como venho assinalando ao longo dos anos, a consciência humana é, em última análise, a fonte *material* última de todo o Direito. A temática da multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos e da busca da realização da justiça no plano internacional, tem efetivamente assumido posição de destaque na agenda internacional nesta segunda década do século XXI. [...]

Nada obstante, o conhecimento e a ponderação dos argumentos trazidos pela experiência jurídica e judiciária internacional não devem implicar sua incorporação automática, independentemente de maiores reflexões.

Com efeito, hão de ser sopesados característicos internos de cada país e aspectos culturais que lhe são próprios (margem de apreciação nacional), de sorte a melhor aquilatar-se sua verdadeira identidade traduzida pela vontade política do povo (CF, art. 1º, parágrafo único), identificando-se, portanto, eventuais lacunas que possam legitimamente ser colmatadas pela experiência internacional.

4 CONCLUSÕES

Apreende-se, em remate, a importante reflexão no sentido da maior legitimidade das decisões judiciais que pode advir de um cenário de diálogos jurisdicionais dotados de mútua e recíproca influência argumentativa entre órgãos vocacionados, ao fim e ao cabo, à tutela dos direitos fundamentais, como o são os tribunais locais e as cortes de justiça supranacionais.

As perspectivas do Transconstitucionalismo - bem problematizadas entre nós por Marcelo Neves, afiguram-se-nos sobremodo úteis e desafiadoras no enfrentamento de questões complexas comuns aos Estados contemporâneos no concerto global, cujo desiderato radica-se na promoção de aproximações dialógicas mediante o entrelaçamento das diversas ordens jurídicas – decorrência de sua progressiva integração na ordem mundial.

Nesse sentido, propugna-se por uma abertura cognitiva entre as múltiplas ordens jurídicas (níveis múltiplos entrelaçados), de sorte a prestigiar princípios que carregam em si, verdadeira carga axiológica, numa perspectiva inclusiva e multicultural propiciadora de uma integração sistêmica, de sorte a reduzir a fragmentação entre os diversos sistemas.

O vetor da proteção da dignidade humana, fundamento de validade, em última análise, dos próprios ordenamentos constitucionais – há de franquear espaço profícuo para a efetiva cooperação internacional, tendente a proporcionar ordenamentos jurídicos domésticos integrados

e observadores de patamares mínimos de tutela da governança global, capazes de criar mecanismos que viabilizem interação, comunicação eficaz, troca de informações sensíveis de inteligência, a prevenção, a detecção, o processamento, a punição e a reparação de práticas corruptas transnacionais, mormente considerando os inarredáveis efeitos deletérios destas advindos em múltiplas facetas do convívio em sociedade – exacerbação das desigualdades; distorção das prioridades alocativas; deformação das políticas públicas; degradação dos serviços públicos; descrença nas instituições constituídas; enfraquecimento do estado de direito e da própria democracia; afronta à livre concorrência e aos mercados; desaquecimento econômico; desincentivo ao investimento; precarização das relações de trabalho; aumento da informalidade; diminuição dos ingressos tributários em favor do Estado, incremento da insegurança jurídica, entre tantas outras consequências nefastas que poderiam ser elencadas, num rol, infelizmente, não exaustivo.

A efetividade no enfrentamento, prevenção e combate à corrupção está cada vez mais condicionada à dinâmica do sistema multinível e dos diálogos e interações no marco da cooperação internacional e do transconstitucionalismo, a compreender as arenas global, regional e local, sob a inspiração do princípio maior da dignidade humana e seu crescente impacto no fortalecimento do Estado de Direito e da institucionalidade democrática.

REFERÊNCIAS

BELTRAME, Priscila Akemi; ARAÚJO, Juliana Correia de. Compliance e as Organizações Internacionais. In: *Manual de Compliance*. Coordenação de André Castro Carvalho, Rodrigo de Pinho Bertocelli, Tiago Cripa Alvim e Otavio, gen & Forense ed., 2018.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo. In: *O Direito Internacional e o Primado da Justiça*. Antônio Augusto Cançado Trindade e Antônio Celso Alves Pereira (Coeditores), Renovar, 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCION 1/18 - CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Almedina, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: Algumas notas sobre suas condições de efetividade*. In: “Autora, 2002”.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional, Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007.

HARKER, Drew A.; CASTELLANO, Nathaniel E. The World Bank sanctions system, 01.02.2017. *Briefing Paper* n. 17-3. Disponível em: SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2922782>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli, Gazeta Jurídica; Associação Brasileira de Direito Processual. Brasília, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Coordenação de SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia), Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2010, 2ª tiragem.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6. ed. *jusPodium*, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Coordenação de Flávia Piovesan e Jânia Maria Lopes Saldanha, Gazeta Jurídica, Brasília, 2016.

ROCA, Javier García; ALCALÁ, Humberto Nogueira; GISBERT, Rafael Bustos. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. ROCA, Javier García et al, Civitas: Thomson Reuters, Madrid, Primera Edición, 2012.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. Corrupção – Corresponsabilidade dos Agentes Estatais e da Sociedade Civil à luz do “Republicanismo”. In: *48 visões sobre a corrupção, quartier latin*, 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRAVO, Irina Graziela Cervantes. *O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais*. In: "Autora, 2016".

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações. In: *Direitos Humanos, Democracia e República*. Organizadores Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Caudineu de Melo, *quartier latin*, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana, Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. 2. ed. Fórum, 2019.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. A metamorfose da soberania em face da mundialização. In: *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional, desafios do direito constitucional internacional*. Coordenação de Flávia Piovesan. Max Limonad, 2002.

SRIRAM, Chandra Lekha. International law, International Relations, theory and post-atrocity justice: towards a genuine dialogue. In: *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944-), v. 82, n. 3, may, 2006.

TANZI, V.; DAVOODI, H. *Corruption, Public Investment, and Growth*. International Monetary Fund. 1997. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp97139.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponível em: <<https://www.transparency.org>>. Acesso em: 24 out. 2019.

EFICÁCIA DA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS NO EXTERIOR: COOPERAÇÃO PENAL X COOPERAÇÃO CIVIL

*EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL ASSETS RECOVERY:
INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN CRIMINAL
MATTERS VERSUS CIVIL MATTERS*

Carolina Yumi de Souza

*Doutora e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.
Advogada da União.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Cooperação civil x cooperação penal; 1.1 Base da cooperação e previsão das medidas de ressarcimento como objeto; 1.1.1 Medidas assecuratórias; 1.2 Custos; 2 Possibilidade da utilização da cooperação em matéria penal em ações civis; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Tendo em vista a transnacionalidade da circulação de ativos desviados dos Estados, houve expressivo aumento de uso da cooperação jurídica internacional para buscar seu ressarcimento, sendo a recuperação de ativos tema central no cenário do combate à corrupção. Também nesse cenário, houve a expansão dos sistemas sancionatórios para além da esfera penal. No caso brasileiro, eles ganharam relevância especialmente em virtude da inexistência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Com base nessas premissas, busca-se o meio formal mais eficaz de recuperação de ativos no exterior, contrapondo-se a cooperação internacional em matéria penal e a civil, e analisando-se a possibilidade da utilização da cooperação penal nos sistemas de natureza diversa.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Anticorrupção. Cooperação Jurídica Internacional. Recuperação de Ativos.

ABSTRACT: Given the transnationality of the circulation of misappropriated assets from the States, there was a significant increase in the use of international legal cooperation to seek reimbursement, the recovery of assets being a central theme in the scenario of the fight against corruption. Also in this scenario, there was an expansion of sanctioning systems beyond the criminal sphere. In the Brazilian case, they gained relevance especially due to the lack of criminal liability for legal entities. Based on these premises, the most effective formal means of recovering assets abroad is sought, opposing international cooperation in criminal and civil matters, and analyzing the possibility of using international legal cooperation in criminal matters in systems of a different nature.

KEYWORDS: Anti-Corruption System. International Legal Cooperation. Assets Recovery.

INTRODUÇÃO

A recuperação de ativos ganhou relevância no âmbito do combate à corrupção e ao crime em geral, sendo vista ao mesmo tempo como uma necessidade de recomposição do erário público lesado e um eficaz instrumento de desincentivo ao cometimento de atos ilícitos (para além da prisão dos envolvidos), uma vez que impede que aquele que praticou tais atos possa usufruir de seu produto.

Tal constatação não é fenômeno que ocorreu somente no Brasil, tendo a recuperação de ativos ocupado espaço em foros internacionais¹ e sendo objeto central de diversos acordos, bilaterais e multilaterais.

Como exemplos de destaque, as principais convenções internacionais na matéria trazem dispositivos específicos sobre a necessidade e a importância das medidas de caráter patrimonial, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015, de 12.03.2004), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687, de 31.01.2006), a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE - Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000).

Reflexo importante desse fenômeno se deu internamente no âmbito do próprio Estado, cuja atuação na área ultrapassou a sua utilização somente na esfera criminal, tornando-se ferramenta importante na consecução das atividades dos órgãos de representação estatal².

E com essa ampliação dos sistemas sancionatórios anticorrupção, intensificou-se nesse mister o papel da Advocacia-Geral da União (AGU) que, nos termos da Constituição de 1988, desempenha as atribuições de representar a União, judicial e extrajudicialmente, além da consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131).

1 A recuperação de ativos foi inclusive objeto de atenção da Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo incluída como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (16.4). Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/sdg16>. Além disso, transcende o combate à corrupção, sendo instrumento utilizado para outros tipos de atos ilícitos.

2 Além das modificações implementadas nas políticas públicas, foram também fortalecidos instrumentos legislativos. Os dois maiores expoentes da importância da recuperação de ativos na esfera extrapenal são a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

Com a criação da AGU, ganhou destaque a função de defesa do Estado, separada de outras atribuições, como o exercício do *ius puniendi* na esfera penal³.

A atuação na esfera extrapenal, no entanto, trouxe muitos dos mesmos desafios encontrados na área criminal quando se trata de recuperação de ativos⁴.

Um deles refere-se à transnacionalidade da circulação de capitais⁵, sendo o dinheiro desviado do Estado enviado a outras jurisdições, especialmente na tentativa de ocultar e dissimular sua origem e seu destino, o que tornou constante a utilização da cooperação jurídica internacional em processos sancionatórios que envolvem atos de corrupção.

Com base nessas premissas (importância da recuperação de ativos, incremento dos sistemas sancionatórios anticorrupção extrapenais, participação da AGU e necessidade de utilização da cooperação jurídica internacional) como pode o Estado buscar a efetiva recuperação de seus bens?

Essa é a pergunta que se buscará analisar no bojo desse artigo, especialmente em vista dos instrumentos de cooperação disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

1 COOPERAÇÃO CIVIL X COOPERAÇÃO PENAL

A cooperação jurídica internacional “é instrumento de ajuda entre Estados soberanos para a realização das finalidades do processo (cercada, portanto, de todas as garantias a ele inerentes), necessária quando presente algum elemento de extraneidade”⁶.

Isso significa que é utilizada quando algum elemento ou fase do processo deve se desenvolver em jurisdição diversa daquela originária. Por exemplo, se o réu reside em outro país, lá deve ser citado. No caso da recuperação de ativos, se os bens, direitos ou valores encontram-se em outro Estado, ali devem ser executadas as medidas processuais relativas à sua repatriação.

Assim, a cooperação internacional traz em seu bojo a interação de ordenamentos jurídicos diversos, ganhando destaque o fenômeno do pluralismo de ordens jurídicas, que “consiste na coexistência de normas e

3 Que compete ao Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal.

4 Há diversos problemas envolvidos nessa matéria, que vão desde o rastreamento desses ativos até a coordenação entre diferentes órgãos de diferentes Estados. No entanto, sem menosprezar tais percalços, visa-se a aqui a focar nos instrumentos jurídicos voltados a tal finalidade.

5 Que acompanhou o processo de globalização e a expansão das relações internacionais em todas as áreas.

6 SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação Bilateral Brasil - EUA em matéria penal*: alcançando o devido processo. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2015. p. 30.

decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de conseqüências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas⁷”.

Esse ponto é de importância central à compreensão da cooperação, pois será inserida em um processo nacional medida executada de acordo com leis estrangeiras e será produzido ato processual em um determinado país embasado na legislação do Estado onde se desenvolve o processo, uma vez que se aplica na execução do pedido de cooperação a *lex diligentiae*⁸.

No exemplo mencionado, o Estado requerido⁹ implementará as medidas de perdimento de bens de acordo com suas leis internas, mas também nos termos da lei brasileira¹⁰. Além disso, os atos de execução da medida serão inseridos no nosso processo, independentemente da similitude dos procedimentos nos dois países envolvidos.

Faz-se questão de ressaltar esse aspecto porque, independentemente da análise a ser aqui realizada, há necessidade de que os entendimentos expostos nos termos do nosso ordenamento jurídico sejam coincidentes com os termos dos tratados ratificados pelo Brasil e sejam também acatados pelo Estado requerido, que executará a medida.

Pois bem. Realizados esses esclarecimentos preliminares, consoante se introduziu, buscar-se-á analisar os instrumentos de cooperação jurídica internacional disponíveis para verificar sua eficácia na recuperação de ativos no exterior.

E essa análise recairá sobre a escolha da área da cooperação jurídica.

Isto porque, em sua atuação, conforme pontuado, a Advocacia-Geral da União se utiliza especialmente da esfera civil para buscar o ressarcimento ao erário lesado por atos de corrupção.

Isso não significa que a União não possa ser representada na esfera penal, o que ocorre quando for vítima dos crimes objeto da ação.

Justamente para garantir o ressarcimento às vítimas (incluindo-se aqui os entes públicos), foi inserido o art. 387, IV, ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719, de 2008, prevendo que o juiz, ao prolatar a

7 RAMOS, André de Carvalho. “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. In: *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, São Paulo, v. 106/7, p. 497-524, 2012, p.500.

8 Ao se tratar de cooperação, mais adequada a utilização da expressão *lex diligentiae*, em substituição à tradicional *locus regit actum*. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae? *Texas International Law Journal*, v. 33, n. 3, 1998, p. 434. Os autores ainda utilizam as expressões *Lex fori* para se referirem à lei da jurisdição do processo e *Lex causae* para a lei substantiva utilizada para a decisão do mérito da causa.

9 *Estado requerido* é o destinatário do pedido de cooperação jurídica internacional.

10 Tratamos aqui de *cooperação ativa*, isto é, quando o Brasil é o Estado requerente, sendo aquele que solicita a cooperação de outro Estado.

sentença, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

No entanto, a atuação na esfera criminal mostra-se limitada sob o ponto de vista dos atos de corrupção, uma vez que *não existe no nosso ordenamento jurídico a responsabilidade penal da pessoa jurídica*¹¹.

Assim, internamente, os principais marcos legais utilizados para perseguir atos de corrupção envolvendo pessoas jurídicas e buscar o ressarcimento ao erário compõem sistemas sancionatórios extrapenais: são a Lei de Improbidade Administrativa (LIA - Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) e a Lei Anticorrupção (LAC - Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

Nas duas leis o ressarcimento ao erário é ponto central como medida imprescindível ao combate à corrupção, prevendo ambos mecanismos voltados a essa finalidade¹².

No entanto, quando os bens a serem ressarcidos encontram-se no exterior, há alguns pontos a se considerar.

Isto porque estamos tratando de ações de natureza civil e seria, em tese, essa a natureza da cooperação jurídica internacional a ser utilizada.

Mas seria esse caminho o mais efetivo?

A cooperação jurídica internacional em matéria penal tem origem mais remota e utilização mais frequente para esta finalidade, com trâmites mais sedimentados. Sempre foi vista, assim como o próprio processo penal, como uma política de Estado, enquanto a cooperação civil como uma forma de resolução de controvérsias entre particulares.

Assim, em vista de tal perspectiva, os procedimentos e prerrogativas são distintos entre elas, com algumas diferenças que podem ser determinantes na efetividade de sua utilização¹³.

1.1 BASE DA COOPERAÇÃO E PREVISÃO DAS MEDIDAS DE RESSARCIMENTO COMO OBJETO

A cooperação jurídica internacional pode ter por base um tratado (bilateral ou multilateral) ou promessa de reciprocidade.

11 Há exceções previstas pela Constituição Federal, mas que não abarcam os atos de corrupção. Assim, o art. 225, § 3º, prevê tal reponsabilidade ao tratar dos crimes ambientais, assim como o art. 173, §5º, para os atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (esse dispositivo, no entanto, ainda carece de regulamentação).

12 Para garantir o ressarcimento, por exemplo, na LIA há a previsão de medida de indisponibilidade, que pode abranger a totalidade dos valores a serem ressarcidos, incluindo a provável aplicação de multa civil (art. 7º), sendo medida equivalente prevista no art. 19, §4º, da LAC. Além disso, há nas duas leis a previsão de imprescindibilidade de ressarcimento integral do dano.

13 Não se tem aqui a pretensão de esgotar todos os aspectos diferenciadores, mas ressaltar alguns que podem demonstrar a preferência de uma via à outra.

Com relação aos tratados, *todos aqueles dos quais o Brasil é signatário relacionados à matéria penal (e que dispõe sobre cooperação internacional) preveem a possibilidade de assistência para a repatriação de ativos.*

Como exemplos de *tratados multilaterais*, pode-se citar a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção¹⁴ e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional¹⁵

No que diz respeito aos *tratados bilaterais*, os mais emblemáticos (porque mais utilizados para esse fim) são o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América¹⁶, que prevê medidas de caráter patrimonial como seu objeto em seu art. I, 2.g¹⁷, e o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Confederação Suíça¹⁸, no Artigo Primeiro, 3.f.

Já no caso da cooperação em *matéria civil*, a possibilidade de efetivação de medidas de restituição patrimonial está *prevista em poucos acordos, geralmente disciplinada como diligência de reconhecimento e execução de sentença estrangeira*¹⁹. Note-se que nos casos penais, também se trata de reconhecimento e execução de sentença estrangeira, mas por instrumento diverso e previstas as medidas patrimoniais como objeto dotado de autonomia em relação às demais hipóteses.

Esse é caso, por exemplo, do Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China sobre Auxílio Judicial em Matéria Civil e Comercial²⁰ e do Tratado entre a República Federativa do Brasil

14 Convenção de Mérida – Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 - Capítulo IV, arts. 43-50.

15 Convenção de Palermo – Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 - artigo 13 (cooperação internacional para fins de fisco), arts. 16, 17 e 18 (especialmente este último) e 21.

16 Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001.

17 Discussão interessante existe sobre a necessidade de dupla-incriminação para a efetivação de medidas de bloqueio e de perdimento de bens. Isto porque, como se aplica ao cumprimento do pedido a lei do Estado requerido, tal requisito poderia ser exigido.

18 Decreto nº 6.974, de 7 de outubro de 2009.

19 Os clássicos instrumentos de cooperação jurídica internacional, tais como comumente elencados no Brasil são: 1. Extradução; 2. Transferência de Processos; 3. Transferência de apenados; 4. Homologação de sentença estrangeira; 5. Carta Rogatória e 6. Auxílio Direto. Note-se que o reconhecimento e a execução de sentença estrangeira também podem ser inseridos como objetos da cooperação. Segundo Loula “reconhecer uma sentença estrangeira é atribuir-lhe, no foro, a qualidade que as sentenças nacionais possuem. Reconhecer às sentenças estrangeiras a qualidade de documento ou fato, para efeitos de prova, não significa lhes atribuir a almejada qualidade jurídica de sentença. A importante questão é aqui lhes atribuir os efeitos próprios de sentença, quais sejam, a autoridade de coisa julgada e o efeito executivo. Por isso, a doutrina fala em reconhecimento e execução de sentença estrangeira. O reconhecimento seria tão somente atribuir-lhe o efeito de declaração de coisa julgada, e a execução seria considera-la como título executivo judicial, dar-lhe executividade”. LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto*. Novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.80.

20 Decreto nº 8.430, de 9 de abril de 2015.

e a República da Costa Rica sobre Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil²¹.

Outros tratados, no entanto, admitem a possibilidade dessa homologação, mas listam os requisitos para que o requerente proponha ação autônoma no juízo estrangeiro, como é o caso do Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha²² e do Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa²³.

Seguindo os exemplos ofertados em cooperação penal, por exemplo, os Estados Unidos não possuem acordo bilateral em matéria civil com o Brasil e não existe tal medida prevista nos acordos multilaterais ratificados pelos dois países. Assim, para obter a repatriação de ativos, o Estado requerente deve ajuizar uma ação diretamente perante um Tribunal estadunidense. O mesmo ocorre no caso da Suíça.

Ainda com relação à base da cooperação e os objetos que ela comporta, *a promessa de reciprocidade* é amplamente utilizada em matéria penal (justamente por ser vista como assistência entre Estados), sendo sua aceitação a depender do Estado Requerido²⁴. Em matéria civil, não são muitos os Estados que a aceitam ou exigem como base para a cooperação.

Deve-se esclarecer que a promessa de reciprocidade é ao mesmo tempo um princípio pelo qual um Estado promete a outro que também cumprirá um pedido de cooperação em situações semelhantes²⁵.

Tibúrcio²⁶ bem descreve o tratamento desse princípio na atualidade em cooperação em matéria civil. Enquanto há países que o exigem, outros nem sequer o consideram como critério. Além disso existe diferença em alguns casos quanto à execução de cartas rogatórias e homologação de sentença estrangeira. Em outras situações, considera-se a exigência de tratado como sendo de reciprocidade formal e em outros há que se demonstrar a real prática no Estado requerente (há ainda, diferenças com relação ao ônus dessa demonstração).

21 Decreto nº 9.724, de 12 de março de 2019.

22 Decreto nº 166, de 03 de julho de 1991.

23 Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000.

24 No Brasil, está prevista no artigo 26, §1º, do Código de Processo Civil)

25 Anote-se que se trata de similitude e não de absoluta identidade das situações (BASSIOUNI, M. Cherif. *International Extradition*. United States Law and Practice, 6th edition. New York: Oxford University Press, 2014, p.497).

26 TIBURCIO, Carmen. *The current practice of International Co-operation in civil matters*. Recueil des cours/ Collected Courses 393 (2017): 9-310.

O que parece claro, no entanto, é que a abolição desse princípio seria uma tendência bem-vinda na cooperação em matéria civil²⁷.

Apesar disso, pode-se observar que, na ausência de um tratado, as regras são muito mais objetivas quando tratamos de cooperação em matéria penal, não havendo qualquer regra minimamente uniforme em matéria civil na ausência de um tratado. E, ainda, mesmo a possibilidade de utilização da promessa de reciprocidade em matéria civil não implica a desnecessidade de propositura de ação própria na jurisdição estrangeira para fins de execução da decisão de ressarcimento.

Diante do exposto, forçoso o reconhecimento da maior facilidade de obter o cumprimento de medidas de caráter patrimonial na esfera penal.

1.1.1 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Merece atenção dentro deste tópico o tema da execução das medidas assecuratórias, cuja efetivação é fundamental para garantir o futuro ressarcimento, especialmente porque para a recuperação de ativos no exterior é necessária, na maior parte dos casos, a existência de trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ainda que soluções diversas tenham sido aplicadas, a regra continua a ser o trânsito em julgado quando se trata do trâmite regular de um pedido de cooperação jurídica internacional.

No entanto, necessário destacar que essas soluções distintas elevaram sobremaneira o volume de ativos recuperados no exterior. Merece destaque nesse ponto o número de acordos de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal no contexto da chamada operação Lava-Jato que incluem em seu teor o compromisso dos colaboradores auxiliarem na identificação e recuperação desses ativos, o que elimina a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado. Esses valores, segundo informações do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (autoridade central para a cooperação jurídica internacional) representavam em 2019 mais de 50% do total repatriado historicamente (aproximadamente US\$ 166 milhões)²⁸.

Apesar desse incremento, a via ordinária da cooperação jurídica internacional ainda é a mais utilizada e não perdeu importância, ganhando relevo o tema das medidas assecuratórias.

27 Até mesmo porque não se deve confundir a reciprocidade com a cortesia (comity), vista de maneira mais ampla e que não implica que o Estado requerido esteja fazendo um “favor” ao outro. PAUL, Joel R. Comity in international law. *Harvard International Law Journal*, New York, v. 32, p. 1, 1991.

28 Informações disponíveis em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/copy_of_CooperacaoemPautaMaro2019.pdf.

Como se sabe, a obtenção do trânsito em julgado no Brasil não ocorre de maneira célere, *sendo imprescindível a obtenção de medidas assecuratórias para a garantia da efetiva recuperação de ativos em virtude do risco de sua inefetividade*. Cite-se aqui informação do Ministério Público Federal de que há ao menos R\$ 940 milhões bloqueados no exterior aguardando uma sentença condenatória definitiva²⁹.

No entanto, conforme se descreveu, enquanto na cooperação em *matéria penal* é possível a obtenção dessa medida por meio da cooperação jurídica internacional *stricto sensu*, em *matéria civil* ela não integra o rol dos pedidos de cooperação jurídica internacional que podem ser obtidos por meio de carta rogatória ou auxílio direto, sendo medida que deve ser solicitada no bojo de ação autônoma a ser ajuizada no foro estrangeiro³⁰.

1.2 CUSTOS

Por fim, conforme se demonstrou, na maioria dos casos é possível a utilização da cooperação *stricto sensu*³¹ em matéria penal³².

Também consoante se antecipou, como a *cooperação penal* é tida como um auxílio entre Estados na consecução de uma de suas atividades próprias, não há custos a serem pagos para a execução de um pedido de cooperação jurídica internacional (nem para sua tramitação), conforme previsto nos tratados³³.

Incidem somente os custos básicos, como os relativos à tradução do pedido e dos documentos que o acompanham.

No caso da *cooperação em matéria civil*, tendo em vista que as medidas de restituição patrimonial ocorrem na maioria dos casos por homologação de sentença estrangeira por meio de ação autônoma no Estado estrangeiro³⁴, os

29 Informações disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/noticias-1-1/mpf-apresenta-resultados-da-operacao-lava-jato-a-onu>.

30 Exceção que merece destaque é o Protocolo de Medidas cautelares do Mercosul (Decreto n° 2.626, de 15 de junho de 1998).

31 Aqui incluímos a carta rogatória e o auxílio direto. Quanto ao auxílio direto, sua regulamentação no Brasil encontra-se no art. 216-O do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (definição), na Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU n. 1, de 27 de outubro de 2005, e na Portaria Interministerial MRE/MJ n. 501, de 21 de março de 2012. Também o Código de Processo Civil de 2015 regulamentou o instituto em seus arts. 28 a 34. O traço comum desses dispositivos legais reside na necessidade de juízo de delibação.

32 Há exceções em que se faz necessária a propositura de ação específica no Estado em que se encontra o bem. Exemplo emblemático foi a venda ao apartamento em Miami pertencente ao ex-juiz Nicolau dos Santos Neto em virtude de atos ilícitos praticados no contexto da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo.

33 Por exemplo, o Tratado bilateral com os Estados Unidos (art. VI) e o Tratado Bilateral com a Suíça (art.28), onde somente ficam excetuadas despesas extraordinárias.

34 Pontue-se que parte da doutrina entende ser mais ágil e eficaz a atuação direta perante os tribunais estrangeiros mesmo em matéria penal, como no caso dos Estados Unidos. PEREZ, Luis A.; CRUZ-ALVAREZ, Frank.

custos são muito maiores, sendo o exemplo mais emblemático a necessidade de contratação de advogado na jurisdição estrangeira³⁵ e pagamento dos custos do processo que lá irá se desenvolver.

Pontue-se que, em que pese a Lei nº 9.289, de 4 de julho de 1996, em seu art. 4º, I, disponha que são isentos de pagamento de custas “a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações”, tal disposição não se aplica aos processos desenvolvidos no exterior.

Assim, avaliados os gastos com um pedido de cooperação internacional, a cooperação internacional mostra-se mais viável à utilização pelo Estado.

2 POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL EM AÇÕES CIVIS

Constatada a maior vantagem na utilização da cooperação em matéria penal, cabe indagar: é possível ser ela utilizada para ações civis por ato de improbidade administrativa e ações da Lei Anticorrupção?

A resposta a essa pergunta, do ponto de vista do sistema da cooperação é afirmativa³⁶.

Ainda que essas ações não se insiram *especificamente no âmbito criminal, elas compõem o sistema sancionador anticorrupção*, que ganhou forte dimensão administrativa³⁷ e civil.

No Brasil, a regulamentação da improbidade administrativa atende a um comando constitucional (art. 37, §4º). A Constituição de 1988 deu um comando aberto ao legislador com relação à tipificação dos atos de improbidade administrativa, que resultou nos tipos descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA.

Foram formuladas, assim, *3 categorias de atos de improbidade divididas conforme seu resultado e que configuram atos de corrupção*: art. 9º - enriquecimento ilícito; art. 10 – prejuízo ao erário; e art. 11 – ferimento aos princípios da Administração.

Já a Lei Anticorrupção prevê em seu art. 5º também uma série de atos de corrupção classificados como “atos lesivos à Administração Pública

28 USC Section 1782: The Most Powerful Discovery Weapon in the Hands of a Foreign Litigant. FIU L. Rev., v. 5, p. 177, 2009, p. 179.

35 A contratação de advogados para a defesa do Brasil em foro estrangeiro é regulamentada pela Portaria nº 217, de 9 de julho de 2015, da Advocacia-Geral da União.

36 É necessário alertar que as respostas aqui ofertadas não significam que os Estados requeridos irão aceitar os argumentos colocados. Isto porque, em que pese a possibilidade de utilização da cooperação em matéria penal, cada Estado é soberano para interpretar os tratados à luz de sua legislação interna.

37 Veja-se que a LAC prevê um processo administrativo de responsabilização, em seus artigos 8º e seguintes.

nacional ou estrangeira”, sendo, classificados de maneira geral como aqueles “que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”.

Ambas as leis possuem especial importância em nosso ordenamento jurídico uma vez que, por meio delas, *é possível buscar a punição de pessoas jurídicas por atos de corrupção enumerados em instrumentos internacionais*, dado que não existe no Brasil a responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme se mencionou anteriormente.

E essa natureza de responsabilização segue os mesmos princípios e preceitos inerentes a todo sistema sancionatório que implique penalidades com a magnitude das ações de improbidade e das ações da LAC³⁸, constituindo o atendimento do Brasil *aos preceitos das convenções internacionais sobre a matéria dos quais é signatário*.

Emblemática neste ponto a já citada *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, que prevê a necessidade de tipificação e de sancionamento das condutas nela descritas, ressaltando que, *com relação às pessoas jurídicas, a forma de responsabilização deve ser adotada de acordo com os princípios de cada Estado Parte*.

Fundamental notar, nesse ponto, *que tal responsabilidade não está adstrita à esfera penal*:

Artigo 26

Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. *Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.*

3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.

38 Por exemplo, necessidade de análise de tipicidade formal e material, de elemento subjetivo (seja dolo ou culpa), princípios da razoabilidade e efetividade, efetiva dosimetria das sanções, necessidade e utilidade da ação.

4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo. (grifos da autora)

E, justamente para garantir que a responsabilização na esfera extrapenal seja efetiva, previu ainda, ao tratar da cooperação jurídica internacional, que:

Artigo 43

Cooperação internacional

1. Os Estados Partes cooperarão em assuntos penais conforme o disposto nos Artigos 44 a 50 da presente Convenção. Quando proceda e estiver em consonância com seu ordenamento jurídico interno, os Estados Partes *considerarão a possibilidade de prestar-se assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção.* (destaque da autora)

Previu também em seu artigo 46 que a assistência prestada inclui a identificação dos ativos, medidas assecuratórias que recaiam sobre eles e sua recuperação, estatuinto ainda em seu artigo 51 que a *“restituição de ativos de acordo com o presente Capítulo é um princípio fundamental da presente Convenção e os Estados Partes se prestarão à mais ampla cooperação e assistência entre si a esse respeito”*, dedicando, por fim, um artigo específico à cooperação internacional para fins de confisco (art.55).

Essa discussão possui tal relevo no âmbito da Convenção que foi aprovada a Resolução 6/4 na Conferência de Estados Partes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, realizada em 2015, na Rússia, exclusivamente sobre este tópico³⁹:

Enhancing the use of civil and administrative proceedings against corruption, including through international cooperation, in the framework of the United Nations Convention against Corruption

1. Urges Member States, where appropriate and consistent with their national legal systems, to provide each other with the widest possible assistance in investigations of and proceedings in civil and administrative matters relating to corruption offences, committed by

³⁹ Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP-session6-resolutions.html>.

natural or legal persons, including, if appropriate, through mutual legal assistance, for the detection of corruption offences, the identification, freezing and confiscation of assets, and the other purposes established in article 46, paragraph 3, of the United Nations Convention against Corruption; 17 2. Calls upon States parties, in accordance with their domestic law, to effectively implement article 53, subparagraph (a), of the Convention by taking the necessary measures to permit another State party to initiate civil action in their courts to establish title to or ownership of property acquired through the commission of corruption offences, committed by natural or legal persons; 3. Also calls upon States parties, in accordance with their domestic law, to effectively implement article 53, subparagraphs (b) and (c), of the Convention by taking the necessary measures to permit their courts to recognize another State party's civil claim for payment of compensation or damages caused by corruption offences and for ownership of confiscated property acquired through the commission of such offences, committed by natural or legal persons; 4. Invites States parties, when taking measures to effectively implement article 53 of the Convention, in accordance with domestic law, to consider allowing other States parties to act on behalf of their political subdivisions, constituent federal units, organs, agencies, instrumentalities or other entities;

Na mesma ocasião foi aprovada ainda a Resolução 6/3 justamente sobre a importância de se buscar uma efetiva recuperação de ativos.

Assim, como se extrai da sistemática construída pela mais importante convenção internacional de combate à corrupção, a utilização da cooperação jurídica internacional com a finalidade de recuperação de ativos pode (e é desejável que o seja) ser executada como maneira de atingir as finalidades da própria Convenção, o que inclui a recuperação de ativos.

Deve-se ainda atentar ao fato de que os tratados multilaterais servem de base à cooperação jurídica internacional, podendo a Convenção contra a Corrupção ser invocada para tal finalidade⁴⁰.

Aliás, a própria Convenção assentou essa possibilidade de maneira expressa, ao prever no artigo 55.6 que:

6. Se um Estado Parte opta por submeter a adoção das medidas mencionadas nos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo à existência

40 Ainda que alvo de grandes discussões, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009) consagrou o princípio da primazia, que significa que as normas previstas em tratado devem ser aplicadas com precedência em relação às normas internas que regem a matéria.

de um tratado pertinente, esse Estado Parte considerará a presente Convenção como a base legal necessária e suficiente para cumprir esse requisito.

Não se diga que, por fim, que a existência de um tratado bilateral que não preveja essa possibilidade afastaria o texto da Convenção, uma vez que, em regra, os próprios textos internacionais privilegiam a cooperação mais ampla prevista nos tratados⁴¹.

Desta maneira, como forma de cumprimento de obrigações internacionais e de tornar eficaz o sistema anticorrupção, promovendo uma efetiva recuperação de ativos desviados, possível a utilização da cooperação jurídica internacional em matéria penal em pedidos oriundos de ações de natureza diversa.

3 CONCLUSÃO

Sendo a recuperação de ativos pilar do combate à corrupção, os instrumentos a ela destinados devem ser utilizados e compreendidos de maneira ampla.

E, tendo em vista a transnacionalidade da circulação de ativos, a cooperação jurídica internacional vivencia um incremento, que potencializa algumas de suas já tradicionais complexidades, como a necessidade de compatibilização de sistemas jurídicos distintos.

Uma delas recai sobre a área da cooperação a ser utilizada, uma vez que o sistema sancionatório brasileiro se concentra nas esferas civil e administrativa para buscar a punição de pessoas jurídicas.

Neste ponto, conforme se explicitou, *a cooperação jurídica internacional em matéria penal traz mais vantagens*, seja porque prevista a recuperação de ativos como objeto na maior parte dos tratados dos quais o Brasil é signatário, seja porque propicia, assim, um trâmite mais simples e com menos custos.

Por fim, à luz das normas internacionais que regem o tema, afigura-se possível o uso da cooperação jurídica internacional em matéria penal no bojo de ações civis por ato de improbidade administrativa e de ações da Lei Anticorrupção, pois se busca a eficácia do sistema acima das diferenças dos sistemas legais internos dos países, importando, ao final, o ressarcimento do Estado que se viu lesado por atos de corrupção praticados em detrimento do patrimônio público.

41 Como exemplo, o art. 32 do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Confederação Suíça (Decreto nº 6.974, de 7 de outubro de 2009) prevê que: "1.As disposições do presente Tratado não impedirão uma cooperação jurídica mais ampla que tenha sido, ou venha a ser, acordada entre os Estados Contratantes em outros acordos ou ajustes, ou que resultem do seu direito interno".

REFERÊNCIAS

BASSIOUNI, M. Cherif. *International Extradition. United States Law and Practice*, 6th edition. New York: Oxford University Press, 2014, p.497).

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae? *Texas International Law Journal*, v. 33, n. 3, 1998. p. 434.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto*. Novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p.42.

PAUL, Joel R. Comity in international law. *Harvard International Law Journal*, New York, v. 32, p. 1, 1991.

PEREZ, Luis A.; CRUZ-ALVAREZ, Frank. 28 USC Section 1782: The Most Powerful Discovery Weapon in the Hands of a Foreign Litigant. *FIU L. Rev.*, v. 5, p. 177, 2009. p. 179.

RAMOS, André de Carvalho. “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. In: *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, São Paulo, v. 106/7, p. 497-524, 2012, p.500.

SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação Bilateral Brasil - EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2015. p. 30.

TIBURCIO, Carmen. The current practice of International Co-operation in civil matters. *Recueil des cours/Collected Courses* 393 (2017): 9-310.

DESAFIOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL A PARTIR DO ENFOQUE DO DIREITO INTERNACIONAL DA ANTICORRUPÇÃO

INTERNATIONAL ANTICORRUPTION LAW IN BRAZIL

Denise Neves Abade

Doutora em Direito Constitucional e Processual pela Universidad de Valladolid.

*Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professora da
Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Procuradora Regional da República.*

E-mail: deniseabade@mpf.mp.br

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Direito Internacional da Anticorrupção: Fundamentos e Instrumentos; 2 A Convenção Sobre O Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção Da Ocde); 3 Convenção Interamericana Contra a Corrupção (Convenção da OEA); 4 A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida); 5 A Busca da Implementação do Direito Internacional Anticorrupção; 5.1 A Cooperação Jurídica Internacional Contra a Corrupção; 5.2 A Atuação do Ministério Público Federal; 6 O Monitoramento Internacional Contra a Corrupção: estudo de caso; 6.1.Aspectos Gerais; 6.2.Os Desafios do Monitoramento Internacional Contra a Corrupção; 7 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa analisar os novos desafios que surgem a partir da formação, por meio da adoção de diversos tratados, do chamado “direito internacional da anticorrupção”, como focando sua implementação interna no Brasil e destacando seu vínculo atual com a proteção de direitos humanos, bem como a importância do incremento e proatividade das instituições, em especial do Ministério Público, para o mecanismo de monitoramento dessa implementação.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Direito Internacional. Implementação. Ministério Público. Direitos Humanos. Monitoramento.

ABSTRACT: The article aims to analyze the formation, through the adoption of several treaties, of the so-called “international anti-corruption law”, highlighting its current link with the protection of human rights, as well as focusing its internal implementation in Brazil.

KEYWORD: Corruption. International Law. Implementation. Monitoring. Public Prosecution Service. Human Rights.

INTRODUÇÃO

O grande desafio hoje para os que lidam com o enfrentamento à corrupção na atualidade é transcender a análise dos diplomas normativos internos, vencendo inclusive eventuais resistências ainda existentes no meio jurídico brasileiro. De fato, nota-se, nas últimas décadas, que a atenção e o destaque do combate à corrupção na seara internacional está expandido-se fortemente, centrado em quatro objetivos: prevenir, detectar, punir e eliminar a corrupção. Além disso, nos últimos anos, consolidou-se consistente *vínculo da luta anticorrupção com a temática da proteção de direitos humanos*. O Brasil, suas instituições e os operadores do direito não podem ignorar o debate global, isolando-se em atitude ensimesmada.

O combate à corrupção é objeto de tratados internacionais e recebe atenção especial dos órgãos das Nações Unidas (ONU): não somente de seus escritórios e comissões voltados especificamente à área criminal (como o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime, UNODC), como também as comissões voltadas à temática de direitos humanos. E não apenas a ONU volta-se à matéria com particular cuidado: órgãos internacionais especializados na proteção direitos humanos também elegeram o enfrentamento da corrupção como questão de destaque a ser tratada, uma vez que o fenômeno da corrupção implica na falta de efetividade na implementação dos direitos sociais e violação ao direito difuso à boa governança (*good governance*).

Assim, as ações anticorrupção têm duplo caráter: (i) são resultado do dever do Estado de proteger e implementar direitos, em particular, os direitos sociais; e (ii) são uma medida do respeito pelo direito à boa governança, também referido como o direito a uma administração íntegra. O “direito internacional da anticorrupção”, que inclui diplomas convencionais de vários quilates (globais e regionais), regras de soft law, bem como declarações e resoluções não vinculativas, está sendo, desta forma, cada vez mais consolidado.

Este artigo, após uma introdução que explica brevemente os princípios e instrumentos do “direito internacional da anticorrupção”, propõe-se analisar três maneiras de implementar a luta internacional contra a corrupção, com foco na situação brasileira.

A primeira maneira é confiar em mecanismos que compõem a vigilância internacional dos direitos humanos, que nas últimas décadas se concentraram no combate à corrupção como um meio de promover os direitos humanos.

A segunda maneira é aplicar os padrões internacionais anticorrupção e uso de normatividade internacional como forma de obter uma cooperação

jurídica internacional eficiente nessa área. Questões importantes, como a obrigação de extraditar os acusados ou levá-los à justiça (*aut dedere aut judicare*) ou a inoponibilidade de sigilo bancário para o julgamento de crimes de corrupção, são consequências da obrigação de cooperação estabelecida nos tratados anticorrupção.

A terceira maneira é usar mecanismos internacionais de acompanhamento de tratados (“*follow up mechanisms*”), como os da Convenção Interamericana contra a Corrupção e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) para (i) chamar a atenção para as deficiências regulatórias e institucionais brasileiras no combate à corrupção e (ii) solicitar continuamente ao Estado brasileiro medidas para remediar essas deficiências.

Em conclusão, pretende-se aqui demonstrar que os mecanismos para implementar o “direito internacional da anticorrupção” são diversos e (i) podem revelar deficiências (algumas das quais são disfarçadas pela falta de dados sobre medidas de combate à corrupção), (ii) identificar as mudanças necessárias e (iii) cobrar investimentos para os órgãos de fiscalização, inspeção e repressão contra a corrupção e forçar o Estado brasileiro a fazer mais do que apenas ratificar tratados.

1 O DIREITO INTERNACIONAL DA ANTICORRUPÇÃO: FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS

Em geral, a corrupção consiste no exercício indevido do poder público para o ganho privado ou, dito de outra forma, a corrupção é o abuso da autoridade pública para o benefício privado¹. Parte-se da premissa do uso ilícito do poder estatal para benefício a indivíduo, gerando prejuízos diretos ou indiretos a todos os integrantes da sociedade.

A gênese do direito internacional da anticorrupção está na detecção de práticas de concorrência desleal advindas de subornos pagos a funcionários públicos estrangeiros para obtenção de vantagem competitiva sobre empresas rivais, na década de 70 do século passado, devendo ser destacados os esforços, nesse sentido, da *Securities and Exchange Commmission*, dos Estados Unidos da América. Nos primeiros anos daquela década, foi descoberto amplo esquema de corrupção de autoridades estrangeiras (na Holanda, Itália, Alemanha, Japão e Arábia Saudita) por parte da empresa

1 Não se exclui a possibilidade de existência da corrupção privada, que consiste no abuso de poder em entes privados, para o benefício ilícito de um indivíduo, que pode gerar impactos sociais negativos. O tema da corrupção privada, contudo, não será aqui abordado. ALTAMIRANO, Giorleny D. “The impact of the inter-american Convention against corruption”. In: *38 University of Miami Inter-American Law Review*, 2006-2007, p. 487-548, em especial p. 488.

estadunidense Lockheed, que, assim, obtinha vultosos contratos de aquisição de aeronaves militares².

Em reação a esse escândalo, foi editado nos EUA, em 1977, o *Foreign Corrupt Practices Act*³, que motivou as primeiras investigações de corrupção – mesmo que transnacional, ou seja, sendo realizada por agentes norte-americanos fora das fronteiras daquele país. O FCPA fomentou a inclusão do combate à corrupção transnacional na pauta das organizações internacionais, uma vez que sua eficiência dependeria da conjunção de esforços dos diversos Estados envolvidos por meio de compromissos internacionais.

A partir dos anos 90 do século passado, o combate à corrupção começa a se desvincular do conceito de ação contra a concorrência desleal para abraçar o enfoque de defesa dos direitos humanos internacionalmente protegidos, em especial o direito difuso à boa governança (*good governance*)⁴.

A gramática dos direitos humanos foi introduzida na temática, porque comprovou-se que a corrupção tem impacto negativo em face de diversos direitos essenciais.

Em primeiro lugar, a corrupção dificulta a existência de recursos a serem utilizados na concretização dos direitos sociais. Por sua vez, a corrupção atenta contra o fortalecimento da democracia, uma vez que, ao permitir que o processo de decisões governamentais seja influenciado ilegitimamente por grupos corruptores, corrói a confiança e transparência nas relações entre governantes e governados. Em terceiro lugar, a corrupção ameaça a igualdade, ao permitir tratamento desigual por motivo odioso (o pagamento da propina ao agente público). Por fim, a corrupção afeta o adequado funcionamento da administração pública, afetando o direito difuso a uma administração íntegra.

2 Esse escândalo reverberou no Brasil, em virtude da extradição requerida pela Itália de indivíduo por estelionato e corrupção devido ao seu envolvimento no escândalo Lockheed Itália, no qual teria pago a dois Ministros de Estado e outros altos funcionários diversas propinas para assegurar a venda de 14 aviões Hercules C-130. Após intensos debates sobre se a Corte Constitucional italiana era “tribunal de exceção” ou não, a extradição foi, com votos em sentido contrário, deferida. Ver Extradição 347, Estado Requerente Itália, julgado em 07 de dezembro de 1977. Ver mais sobre o tema em ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

3 O FCPA – Foreign Corrupt Act – é instrumento legal estadunidense com forte apelo extraterritorial. Um dos casos mais conhecidos de sua incidência é o Caso Lockheed-Takla, que envolveu o pagamento de uma propina de 600.000 mil dólares pela empresa americana Lockheed à autoridade pública egípcia em uma licitação. A empresa foi condenada ao pagamento de multa de quase 25 milhões de dólares, significando o dobro do potencial ganho que a empresa esperava obter. Ver detalhes em <<http://fcpa.shearman.com/?s=matter&mode=form&id=38>> 4 Como bem observado por CARVALHO RAMOS, André de. “O Combate Internacional à Corrupção e a Lei de Improbidade” in: *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/92*, (Sampaio, José Adércio Leite; Costa Neto, Nicolau Dino de Castro e; Silva Filho, Nívio de Freitas; e Anjos Filho, Robério Nunes dos, orgs.), Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-34, em especial p. 1

A importância de se vincular à luta anticorrupção à violação de direitos pode ser medida tanto na sua faceta preventiva quanto repressiva. No tocante à prevenção, a cultura de respeito a direitos humanos divulga o direito difuso à uma administração proba, o que auxilia a transformação dos atos de corrupção em uma conduta socialmente nociva, ao invés de ser considerada uma prática inevitável e socialmente suportada. A existência do chamado “jeitinho” (ou “jeito”) brasileiro demonstra, para Rosenn, determinada acomodação de grupos sociais com práticas de corrupção voltadas a promover comportamentos de não submissão à lei, o que, *a longo prazo*, constitui “sérios obstáculos ao desenvolvimento”⁴.

O respeito ao direito à igualdade é vulnerado por atos de corrupção, uma vez que a influência ilícita dos agentes estatais por meio de atos de particulares gera tratamento assimétrico injustificado. A reafirmação da igualdade e do respeito da legalidade, previne a prática de atos de corrupção e facilita à repressão, estimulando testemunhos ou outras formas de colaboração para que sejam expostas práticas invariavelmente clandestinas.

Também do ponto de vista preventivo, o respeito a diversos direitos, como a liberdade de expressão, de associação ou mesmo de informação contribuem para revelar atos de corrupção, o que repercute, a longo prazo, na formação de uma cultura anticorrupção na sociedade. A existência de associações privadas voltadas à fiscalização de atos estatais ou mesmo uma imprensa livre e independente aumentam a probabilidade de descoberta das práticas ilícitas, desestimulando os potenciais perpetradores.

No tocante à repressão aos atos de corrupção, o vínculo com a proteção de direitos humanos auxilia a revelar o ganho social que advém da criação de mecanismos anticorrupção em uma determinada sociedade. Não somente incrementa-se a proteção de direitos sociais, mas também se impede o uso de atos de corrupção voltados à utilização de agentes públicos em atos de opressão, como se vê no uso de policiais corrompidos em esquadrões da morte ou milícias.

Nesse contexto contemporâneo é que surgiram as Convenções da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das Nações Unidas contra a Corrupção, que serão estudadas abaixo.

⁴ ROSENN, Keith S. “Brazil’s legal culture: the jeito revisited”. *Florida International Law Journal*, 1984, vol. I, p. 1-43, em especial p. 43.

2 A CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DA OCDE)

Até os anos 70 do século passado, a corrupção era tratada como um assunto interno que não justificava intervenção internacional sistemática. A partir de então, o controle da corrupção passou a ser visto como um objetivo de política internacional – até porque o dinheiro e as ações dos grupos corruptores e corruptos transpassam as fronteiras e desafiam a jurisdição interna dos países⁵.

Não por acaso a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) organizou em 1984 sua primeira recomendação anticorrupção - *Antibribery Recommendation* – na qual solicitava empenho aos seus Estados membros na repressão de subornos e práticas de corrupção que favorecessem ilegalmente determinada empresa ou negócio. A solicitação foi reiterada em nova recomendação editada em 1996, em que o Conselho da OCDE conclamou a vedação de dedução tributária prevista nas leis internas - como uma espécie de “despesa operacional” - de propinas pagas pelas empresas em atividades no exterior.

Seguindo a tendência, surgiu então, como marco internacional no combate à Corrupção, a Convenção sobre corrupção de funcionários públicos em transações comerciais internacionais, elaborada pela OCDE e posta à assinatura e ratificação a qualquer Estado, seja membro ou não, da organização⁶. O Brasil ratificou a Convenção da OCDE em agosto de 2000, que foi incorporada ao Direito brasileiro por meio do Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Trata-se de importante e pioneiro instrumento para o combate à corrupção transnacional, porque voltada à coibição de atos de corrupção exercidos por companhias multinacionais operando em mercados estrangeiros. O enfoque dessa normativa internacional, contudo, é voltado precipuamente à proteção da livre concorrência.

De fato, a Convenção determina, logo em seu artigo 1º, que “cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário

5 Ver, nesse sentido, JOHNSTON, Michael. “Cross-border Corruption: Points of Vulnerability and Challenges for Reform”. *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*, 1998, vol. 13.

6 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, entrando em vigor internacional em 15 de fevereiro de 1999.

público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais”. A preocupação da OCDE com a concorrência desleal que advém da corrupção é bastante óbvia a partir da definição do escopo do ato criminoso e seu necessário liame com interesses negociais.

Ao ratificar a convenção em 2000, o Brasil concordou em criminalizar a conduta de oferecer, prometer ou dar vantagem indevida a funcionário público estrangeiro no intuito de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional. Por esse motivo, para cumprir com suas obrigações assumidas internacionalmente e adequar a legislação nacional aos compromissos assumidos na Convenção, foi aprovada a Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, que acrescentou o Capítulo II-A ao Código Penal (“crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”), tipificando a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional, a ocultação ou dissimulação de produtos de crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira e, definindo, para efeitos penais, “funcionário público estrangeiro”.

3 CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO (CONVENÇÃO DA OEA)

Em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela, foi firmada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Foi a primeira convenção anticorrupção genérica no Direito Internacional, anterior à Convenção da ONU sobre a matéria (vide abaixo).

Seus objetivos são amplos: prevenir, criminalizar e investigar casos de corrupção no setor público, além de estimular a cooperação jurídica internacional entre os Estados na temática⁷.

Já em seu preâmbulo, os Estados reconhecem que a corrupção - que também é um dos meios usados pelo crime organizado - “solapa a legitimidade das instituições públicas, atenta contra a sociedade, a ordem moral e justiça, assim como o desenvolvimento dos povos”. Explicitamente, menciona o fortalecimento da democracia pelo combate à impunidade dos agentes corruptos.

⁷ ALTAMIRANO, op. cit., em especial p. 489.

A Convenção da OEA estabelece que o trato com o bem público é regido pelo princípio da publicidade, eficiência e equidade (artigo III, 5). Ou seja, em qualquer caso de contratação de serviço, obra ou investimento público há de se inquirir sobre a eficiência do gasto público. Ainda, no caso do estabelecimento de tarifas ou preços públicos, deve ser tomada em consideração a equidade nas relações com o usuário, impedindo a fixação de tarifas abusivas. Não existe para a Convenção a disponibilidade do administrador público quanto ao manejo das verbas públicas. De fato, o gasto desnecessário ou supérfluo, a realização de projetos inúteis ou mesmo o tratamento negligente da coisa pública são condutas vedadas⁸.

A Convenção da OEA determina que são atos de corrupção a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios comodáveis, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas. Essa modalidade de corrupção ativa é, assim, expressamente vedada.

Além disso, também é considerado ato de corrupção a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas. Nesse caso, a corrupção passiva é também condenada.

Finalmente é também ato de corrupção proibido a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro. Também a Convenção proíbe o aproveitamento doloso e ocultação dos bens obtidos por atos já citados de corrupção.

Na síntese de Carvalho Ramos, são quatro condutas elencadas como atos de corrupção pela Convenção da OEA. A primeira relativa à solicitação ou aceitação de benefício para fazer ou não-fazer ato de ofício. A segunda conduta é daquele que oferta ou outorga vantagem ao funcionário fazer ou deixar de fazer ato de ofício. A terceira conduta refere-se a forma de peculato consistente na realização de ato ou na omissão para obtenção de vantagem ilícita. E finalmente, o aproveitamento ou ocultação do proveito desses atos⁹.

8 CARVALHO RAMOS, op. cit., em especial p. 23.

9 *Ibidem*, em especial p. 26.

Enfatize-se que, de acordo com o artigo XII da Convenção da OEA, não há exigência que os atos de corrupção acima elencados produzam prejuízo patrimonial ao Estado. A lesividade, portanto, pode ser ocasionada pela tentativa de cometimento do ato ou mesmo, quando concretizada, pela ofensa ao patrimônio moral da entidade, que abarca o ideal de honestidade e moralidade da coisa pública.

Há importante mandado internacional de criminalização do chamado “enriquecimento ilícito”, que consiste, à luz da Convenção, em “aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente” (art. IX). Além disso, cada Estado parte da Convenção deve proibir e punir o “suborno transnacional”, ou seja, o oferecimento ou outorga de vantagens a funcionário estrangeiro para obtenção de favores relacionados a uma transação de natureza econômica ou comercial (mandado internacional de criminalização similar ao da Convenção da OCDE, já estudada acima).

A Convenção dispõe que todos os atos mencionados devem ser considerados crimes sujeitos à extradição ou julgamento no próprio Estado (*aut dedere aut judicare*). Os Estados prometem ampla assistência mútua, bem como cooperação e intercâmbio de experiências voltados para identificação das práticas lesivas e dos bens obtidos ilicitamente.

Quanto ao sigilo bancário, a Convenção determina que o Estado requerido não poderá negar-se a proporcionar a assistência solicitada pelo Estado requerente alegando sigilo bancário. Em contrapartida, o Estado requerente compromete-se a não usar informações protegidas por sigilo bancário que receba para propósito algum que não o do processo que motivou a solicitação, salvo com autorização do Estado Parte requerido (princípio da especialidade).

4 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO (CONVENÇÃO DE MÉRIDA)

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC ou UNCAC, na sigla em inglês), negociada por anos em Viena, foi subscrita inicialmente por cento e onze países na cidade de Mérida, México, entre 9 e 11 de dezembro de 2003. Composta por 71 artigos, é o maior diploma internacional vinculante que trata de corrupção. No Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. O texto é bastante amplo e inclui desde estabelecimento de ferramentas para prevenir condutas como sanções e

formas de recuperação dos ativos desviados¹⁰. Certamente a Convenção de Mérida constitui verdadeiro marco na luta contra a corrupção.

Embora seja a mais extensa, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção não foi, como visto acima, a pioneira a tratar do tema: tem como precedentes outros instrumentos internacionais, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Está dividida em oito capítulos: (i) disposições gerais, (ii) medidas preventivas¹¹, (iii) penalização e aplicação da lei; (iv) cooperação internacional; (v) recuperação de ativos; (vi) assistência técnica e intercâmbio de informações entre agências; (vii) mecanismos de aplicação da Convenção e (viii) disposições finais.

Com relação às medidas preventivas estabelecidas na Convenção de Mérida, destacam-se as obrigações impostas aos países relativas (a) à afirmação e aplicação de políticas contra a corrupção, com estabelecimento de um órgão independente encarregado de aplicar tais políticas e promover práticas adequadas (artigos 5 e 6); (b) à garantia de plena vigência de princípios e critérios normativos de equidade, mérito, igualdade, eficiência e transparência na gestão pessoal do setor público (art. 7); (c) à criação e aplicação de códigos de conduta que, em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento interno, promovam a integridade, honestidade e responsabilidade entre os funcionários públicos (art. 8); (d) ao estabelecimento de sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência e adoção de critérios objetivos (art. 9.1); (e) à promoção de transparência na gestão da Fazenda Pública (art. 9.2); (f) à

10 O texto não é isento de críticas. Nesse sentido, destaque-se a observação de que, com relação às medidas de transparência no financiamento de campanhas, previsto no art. 7.3 da Convenção, o texto é “quase débil”, nas palavras de Lucinda A. Low. Conferir em LOW, Lucinda. “Towards Universal International Anticorruption Standards: The United Nations Convention Against Corruption and Other International Anticorruption Treaties: Too Much of a Good Thing?”, in Second Annual Conference of the International Bar Association- IBA, International Chamber of Commerce - ICC, Organization for Economic Cooperation and Development- OCDE, “The Awakening Giant of Anticorruption Enforcement”, 22-23 de abril, Paris, 2004.

11 Incluídas aí medidas preventivas especificamente direcionadas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, conforme determina o artigo 11: “Artigo 11. 1. Tendo presentes a independência do poder judiciário e seu papel decisivo na luta contra a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico e sem menosprezar a independência do poder judiciário, adotará medidas para reforçar a integridade e evitar toda oportunidade de corrupção entre os membros do poder judiciário. Tais medidas poderão incluir normas que regulem a conduta dos membros do poder judiciário. 2. Poderão formular-se e aplicar-se no ministério público medidas com idêntico fim às adotadas no parágrafo 1 do presente artigo nos Estados Partes em que essa instituição não forme parte do poder judiciário mas goze de independência análoga”.

garantia de acesso à informação pública e simplificação de procedimentos administrativos (art. 10); (g) à independência e integridade do Poder Judicial e do Ministério Público (art. 11) ; (h) à prevenção da corrupção e melhorias nas normas contábeis e de auditoria no setor privado e (i) à determinação de sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionais e dissuasivas no caso de descumprimento dessas medidas (art. 12.1). O texto determina ainda que os países signatários estimulem a participação ativa de pessoas e grupos da sociedade civil e organizações não-governamentais na prevenção e luta contra a corrupção (art. 13) e estabeleçam um amplo regime interno de regulamentação e supervisão de bancos e instituições financeiras em geral a fim de prevenir e detectar a lavagem de dinheiro (art. 14).

Com relação à matéria criminal, a Convenção de Mérida estabelece mandados internacionais de criminalização para que os Estados-parte tipifiquem penalmente: o suborno de funcionários públicos nacionais, estrangeiros e organizações internacionais públicas; malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, tráfico de influência, abuso de função e enriquecimento ilícito de funcionários públicos, assim como suborno e peculato no setor privado; lavagem de dinheiro produto do delito, encobrimento do crime e obstrução à justiça. Impõe que os Estados-parte estabeleçam (i) responsabilidade penal, civil e administrativa das pessoas jurídicas; (ii) que nas modalidades delitivas mencionadas seja possível punir as diversas formas de participação e tentativa e (iii) que o conhecimento, intenção ou propósito que se requer como elemento de um crime tipificando observando-se a convenção possa ser inferido de circunstâncias fáticas objetivas.

Para assegurar a punição eficaz das condutas de corrupção, a Convenção obriga que cada Estado Parte estabeleça, no ordenamento jurídico interno, mecanismos apropriados para eliminar qualquer obstáculo que possa surgir como consequência da aplicação da legislação relativa ao sigilo bancário, para o caso de investigações penais de delitos de corrupção ou a ela relacionados (artigo 40).

Na mesma direção, o artigo 52 da Convenção de Mérida impõe aos Estados que adotem “medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para exigir das instituições financeiras que funcionam em seu território que verifiquem a identidade dos clientes, adotem medidas razoáveis para determinar a identidade dos beneficiários finais dos fundos depositados em contas vultosas, e intensifiquem seu escrutínio de toda conta solicitada ou mantida no ou pelo nome de pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes e de seus familiares e estreitos colaboradores”. De fato, não há como deixar de observar que para a manutenção da corrupção o secretismo é fundamental: os criminosos corruptos necessitam

esconder o resultado de suas condutas ilícitas, passando pelo mecanismo de lavagem de dinheiro. Assim, normas rígidas de sigilo bancário propiciam ambiente que incentiva a corrupção e a consequente lavagem de ativos.¹²

Portanto, há repercussões significativas da Convenção de Mérida no campo criminal. Primeiramente, a Convenção exige que os países disponham de diferentes tipos de crime referentes a atos de corrupção, caso isso já não esteja previsto pelas leis nacionais. A Convenção é tida como inovadora, pois além de exigir a criminalização das chamadas “formas básicas de corrupção”, como suborno e desvio de fundos públicos, também almeja a criminalização de *figuras novas*, como a do tráfico de influência, proteção e cobertura de atos de corrupção, obstrução da justiça, lavagem de dinheiro e legalização de ativos ilícitos obtidos por meio de corrupção. A Convenção ainda incursiona pela corrupção no setor privado. Suas estipulações concernentes a tipificação de crimes são mandados internacionais de criminalização inovadores e que obrigam os Estados a legislar criminalmente.

No campo processual penal, os Estados partes anuíram em estabelecer marcos internacionais de cooperação, em todos os aspectos do combate à corrupção, o que gerou normas sobre a prevenção, investigação e punição dos criminosos. Para tanto, houve previsão de cooperação jurídica internacional e mecanismos de coleta e transferência de provas que poderão ser usadas em julgamentos em outros países, bem como previsão de extradição dos responsáveis. Há também o dever de adotar medidas que facilitem rastrear, congelar, apreender e confiscar os rendimentos da corrupção.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também inova ao prever a obrigações dos Estados de continuamente refletir sobre a efetividade das medidas anticorrupção adotadas. Nesse sentido, o Brasil comprometeu-se, por exemplo, a avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos a fim de determinar se são adequados para combater a corrupção (art. 5º).

5 A BUSCA DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO

5.1 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL CONTRA A CORRUPÇÃO

Tratando a corrupção como fenômeno transnacional, os instrumentos que evidentemente irão lhe conferir especial destaque são instrumentos de cooperação jurídica internacional.

12 Nesse sentido, confira-se PREISS, Richard T. “Privacy of Financial Information and Civil Rights Issues: The Implications for Investing and Prosecuting International Economic Crime” in RIDER, Barry and ASHE, Michael. (Eds), Money Laundering Control. Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell. 1996, p. 343-360.

A cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira.

Seu escopo primário é concretizar o *direito de acesso à justiça penal*.¹³

Duas das principais e mais tradicionais espécies cooperacionais na esfera criminal são a extradição (espécie da cooperação jurídica internacional em matéria penal que visa a entrega de indivíduo para determinado Estado solicitante, para fins de submissão a processo penal ou à execução de pena criminal)¹⁴ e a assistência jurídica internacional (conjunto de atos necessários para instituir ou facilitar a persecução de uma infração criminal, como envio de documentos ou colheita de provas)¹⁵.

A Convenção Interamericana, ao prever a cooperação jurídica internacional para os casos de corrupção, expressamente determina que, para melhor eficácia na repressão, que todos os atos ilícitos mencionados na Convenção devem ser considerados *crimes sujeitos à extradição ou julgamento no próprio Estado* (“aut dedere aut judicare”¹⁶). Os Estados prometem ampla assistência recíproca, bem como cooperação e intercâmbio de experiências voltados para identificação das práticas lesivas e dos bens porventura auferidos pelos criminosos. Nega-se no texto da convenção a hipótese de uso do sigilo bancário para a *negativa de cooperação* entre os Estados.

Na Convenção Interamericana contra a Corrupção, ainda, impõe-se que tanto para os casos de extradição como para os de assistência jurídica “o fato de os bens provenientes do ato de corrupção terem sido destinados a finalidades políticas ou a alegação de que um ato de corrupção foi cometido por motivações ou finalidades políticas não serão suficientes, por si sós, para considerá-lo como delito político ou como delito comum vinculado a um delito político” (art. XVII), em restrição à clássica exceção de delito político presentes nos antigos e mais tradicionais acordos e textos internacionais que abordam cooperação jurídica.

13 Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, ver ABADE, Denise Neves. pp.cit.

14 Ibid., em especial capítulo 5.2.

15 “Acts necessary to institute or facilitate the prosecution of the criminal offence, such as the service of documents or the taking of evidence.” Conferir em GEIGER, Rudolf. “Legal Assistance between States in Criminal Matters”. In: BERNHARDT, Rudolf (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. vol. III, Amsterdam: New York: North Holland Publishing Co, 1992, p. 201-209, em especial p.201.

16 O princípio do “aut dedere aut judicare” (“extraditar ou julgar”) remonta a Grotius e tem como objetivo assegurar punição aos infratores destas normas internacionais de conduta, onde quer que eles se encontrem. Não estariam seguros, na expressão inglesa, “anywhere in the world”. Conferir CARVALHO RAMOS, André de. “O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1999, vol. 25, p. 106-114.

Já a Convenção da ONU sobre Corrupção, ao prever a assistência jurídica internacional, flexibiliza a exigência de dupla incriminação (embora estabeleça que os Estados Partes poderão negar-se a prestar assistência invocando a ausência de dupla incriminação), possibilitando ao Estado requerido, quando esteja em conformidade com os conceitos básicos de seu ordenamento jurídico, que preste assistência que não envolva medidas coercitivas.

Outra inovação com relação à cooperação jurídica está na Convenção de Mérida, que veda explicitamente a recusa de extraditar com alegação de que o delito envolve matéria fiscal.¹⁷ A vedação vai de encontro à tendência internacional de não mais permitir a recusa em cooperar com base nos delitos tributários, uma vez que acaba-se por acobertar outros delitos que podem estar encobertos pela cláusula, como crime organizado, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro etc.

5.2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O Direito Internacional corre o risco de inefetividade pela ausência de mecanismos internacionais que assegurem a implementação doméstica séria e eficaz de suas normas. Isto porque, não raro, embora Estados ratifiquem tratados, os descumprem, alegando que os estão cumprindo, de acordo com a *sua* própria interpretação¹⁸. Com isso, o tratado (e suas obrigações) ficam esvaziadas, representando - no máximo -, um apelo retórico e um compromisso superficial do Estado. Os tratados tornam-se, assim, mais uma “carta de boas intenções” do que um ato internacional vinculante.

O melhor remédio para combater essa ausência de seriedade na implementação consiste na criação de órgãos internacionais que realizarão uma interpretação internacionalista compulsória do tratado, exigindo que o Estado desista de uma “interpretação nacionalista dos tratados” e passe a cumprir suas obrigações.

No caso das Convenções contra a corrupção analisadas acima (OCDE, OEA e da ONU), essa solução ideal *não foi aceita* pelos Estados. Entretanto, foram estabelecidos *mecanismos de acompanhamento* (“follow-up mechanisms”), pelos quais os Estados são avaliados por especialistas externos, recebem recomendações e são cobrados a cada nova rodada de acompanhamento. Wellington Saraiva concorda que “as convenções dependem da vontade política interna de cada signatário” e observa que a

17 Art. 44.16 da Convenção: “16. Os Estados Partes não poderão negar uma solicitação de extradição unicamente porque se considere que o delito também envolve questões tributárias”.

18 Carvalho Ramos nomeia o fenômeno como “truque de ilusionista”. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6a ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313.

implementação das normativas também “pode ser estimulada pelo próprio mecanismo de avaliação, ao longo do qual deficiências institucionais dos países são apontadas pelos demais, de modo a gerar algum embaraço a seus representantes, na técnica conhecida como ‘identificar e envergonhar’ (*naming and shaming*)”. Continua o autor salientando que até mesmo a atuação da imprensa e de organizações não governamentais, como a Transparência Internacional (que edita o ‘Índice de Percepção da Corrupção’ - Corruption Perception Index) podem provocar mudança da conduta dos Estados¹⁹.

No caso brasileiro, o Ministério Público Federal (MPF) é constitucionalmente legitimado para atuar nas causas baseadas em tratados internacionais, nos termos do art. 109, III CF, uma vez que a observância do Estado brasileiro à normativa dos tratados é identificada pelo texto da Constituição como interesse federal.²⁰

Neste artigo, como exemplo de atuação, analisaremos o papel do MPF no mecanismo de acompanhamento das convenções contra corrupção e o modo pelo qual tal mecanismo pode servir para aprimorar e incrementar a eficiência do nosso combate nacional à corrupção. Para melhor ilustrar a temática, utilizaremos o mecanismo de acompanhamento da Convenção Interamericana como modelo.

6 O MONITORAMENTO INTERNACIONAL CONTRA A CORRUPÇÃO: ESTUDO DE CASO

6.1 ASPECTOS GERAIS

Foi somente em 2001 que os Estados partes da Convenção Interamericana contra a Corrupção (adotada em 1996) realizaram, em Buenos Aires, conferência voltada à criação de um mecanismo de acompanhamento das medidas internas de implementação do tratado²¹.

19 SARAIVA, Wellington. “Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção”. In: *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015, p. 175-184, em especial p. 177-178.

20 A respeito do tema, Ubiratan Cazetta observa que “do Judiciário Estadual foi retirada qualquer hipótese de vir a apreciar o interesse federal, não lhe competindo afastar tal interesse ou reconhecê-lo, como, por sinal, expressam as Súmulas STJ 150, 224 e 254 [...] O rigor desse entendimento é de tal ordem que se retira da Justiça Estadual até mesmo a possibilidade de, tendo o juiz federal pela inexistência de interesse federal, suscitar o conflito negativo de competência”. Conclui o autor: “A razão disso, como se vê, advém do reconhecimento de que compete à Justiça Federal, com exclusividade, apreciar a posição jurídica da União, a fim de evitar risco ao pacto federativo, decorrente da submissão do ente central ao alvedrio do Estado-membro”. Ver em CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

21 Conferir o “Report of Buenos Aires on the mechanism for follow-up on implementation of the Inter-American Convention against corruption”. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/followup_corr_arg.htm>

Tal conferência foi estimulada pela existência de mecanismo similar de monitoramento da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, coordenado pelo “Group of States against Corruption”, conhecido pela sigla GRECO.

Após as discussões de Buenos Aires, a Assembleia Geral da OEA adotou a Resolução nº 1784, de 05 de junho, pela qual as deliberações consensadas em Buenos Aires foram aceitas²². Foi estabelecido o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção - (Mechanism for Follow-Up of Implementation of The Inter-American Convention Against Corruption²³). O Brasil assinou a Declaração sobre o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção em 9 de agosto de 2002.

A redação final gerou o estabelecimento de um mecanismo de revisão pelos pares (*peer review*), baseado na reciprocidade e avaliações mútuas. Por esse sistema, cada Estado é avaliado pelos demais Estados e, em um momento subsequente, é avaliador (artigo 1º). Os princípios aprovados pela Resolução reforçam a tradição do Direito Internacional favorável ao Estado produzido no âmbito da OEA, com adoção explícita dos princípios do respeito à soberania e da não-intervenção. O artigo 3º do documento de Buenos Aires aprovado pela Resolução estabeleceu as seguintes características do monitoramento: (i) imparcialidade e objetividade do procedimento e das conclusões obtidas; (ii) igualdade de tratamento entre os Estados avaliados; (iii) não adoção de sanções; (iv) equilíbrio entre a confidencialidade e transparência e (v) condução das tratativas e deliberações sob o manto do consenso entre os Estados.²⁴

O Mecanismo possui dois órgãos: a Conferência dos Estados partes, composta por representantes de todos os Estados, de cunho essencialmente diplomático e a Comissão de Peritos (Committee of Experts), composto por especialistas designados pelos Estados, responsável pela análise técnica e independente da implementação. A Conferência é o órgão intergovernamental típico, com forte componente político; a Comissão, ao contrário, apesar de depender da indicação dos Estados, deve se comportar como órgão neutro, avaliando os Estados com base exclusivamente técnica. O apoio administrativo ao Mecanismo é feito pela OEA.

22 Ver texto integral da Resolução em <http://www.oas.org/juridico/english/doc_buenos_aires_en.pdf>

23 Em espanhol, “Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción” (MESICIC).

24 Ver análise crítica sobre o mecanismo em MICHELE, Roberto de. “The follow-up mechanism of the Inter-american convention against corruption. A preliminary assessment: is the glass half empty?”. In: 10 *Southwestern journal of Law and trade in the Americas* (20032004), p. 295-318.

Os especialistas escolhidos pelos Estados devem ser pessoas com reconhecida competência e experiência no combate à corrupção. A Comissão de Peritos é o coração do monitoramento da Convenção.

Possui duas atividades principais: produzir o relatório por país e o relatório anual geral. De acordo com as regras de procedimento do Comitê²⁵, o processo de avaliação dos Estados é realizado, inicialmente, pela adoção de um questionário no qual a Comissão seleciona as disposições da Convenção cuja implementação será objeto de análise, procurando nelas incluir tanto medidas preventivas como outras disposições da Convenção. Todos os Estados serão avaliados em um período conhecido por “rodada”. Desde a adoção do monitoramento, já houve quatro rodadas.

A metodologia da avaliação é peça essencial para seu sucesso²⁶. Em primeiro lugar, a metodologia será a mesma para todo Estado avaliado, para que sejam as condutas estatais comparáveis entre si: a igualdade de tratamento exige que o questionário seja idêntico e os procedimentos e parâmetros de avaliação também. Os relatórios finais sobre cada Estado contêm a mesma estrutura também.

No tocante à avaliação, a Comissão adota o princípio da *equivalência funcional*, pelo qual se reconhece que as medidas estatais de implementação obviamente não serão idênticas, mas podem ser *equivalentes*. A metodologia de avaliação também leva em consideração a necessidade de reforço da cooperação interestatal, voltada para a prevenção, detecção, punição e eliminação da corrupção.

Por isso, os critérios específicos de avaliação iniciam-se com a apreciação do *nível de progresso* na implementação da Convenção. Com base nesse critério, a Comissão deve avaliar o progresso feito (desde a última rodada) e identificar as áreas nas quais o Estado deve atentar para a próxima avaliação. O segundo critério específico consiste na aferição do *quadro normativo existente*. A Comissão deve avaliar se o Estado possui um quadro normativo adequado para a implementação da Convenção. O terceiro critério específico é a *adequação do quadro normativo*, pelo qual a Comissão verifica se as medidas de implementação do quadro normativo são adequadas para cumprir os quatro objetivos básicos da Convenção: prevenir, detectar, punir e eliminar a corrupção. Finalmente, o quarto critério específico de avaliação consiste na apuração dos resultados objetivos gerados pela aplicação do quadro normativo contra a corrupção.

A escolha do cronograma de Estado avaliado pode ser feito por adesão voluntária ou por critério objetivo. Obviamente, há impacto político interno

25 Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/mesicic_docs_en.htm>

26 O inteiro teor da metodologia está Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/followup_method.htm>.

(que pode ser apropriado pelo governo ou pela oposição) do monitoramento, o que pode gerar desejo de Estados de serem avaliados rapidamente ou ainda vontade de postergar a avaliação para o final da rodada. Selecionado o Estado avaliado, é designado um subgrupo de peritos (não podendo ser composto por perito da nacionalidade do Estado avaliado, naturalmente) para realizar a avaliação. Inicialmente, a avaliação exige que o Estado avaliado responda ao questionário.

No caso do Brasil, como é uma avaliação internacional, compete à Chefia do Estado indicar o coordenador nacional – atualmente, a Controladoria-Geral da União – que responderá ao questionário e apresentará os documentos pedidos. É possível ainda uma visita *in loco* do subgrupo de peritos, que pode entrevistar os agentes públicos e coletar mais dados.

Quanto à sociedade civil, o regulamento da Comissão de Peritos prevê que entes da sociedade civil podem apresentar documentos e ainda, a critério dos peritos, serem ouvidos sobre a implementação da Convenção no período.

Ao final, é elaborado um relatório preliminar que é submetido ao Estado avaliado, para seus comentários. É prevista inclusive uma reunião entre o Estado avaliado e os peritos avaliadores, para que se chegue a uma versão consensual do relatório de avaliação. Esse relatório será submetido à aprovação, por consenso, no plenário da Comissão. O plenário da Comissão poderá introduzir nesse relatório preliminar as mudanças específicas que julgar necessárias, formular conclusões e fazer recomendações pertinentes. A aprovação é por consenso, não participando da votação o perito do Estado avaliado.

O relatório, aprovado, tem força de mera recomendação. Porém, na rodada seguinte, o questionário exige que o Estado avaliado retrate o que foi realmente realizado e justifique eventual dificuldade ou inércia.

6.2 OS DESAFIOS DO MONITORAMENTO INTERNACIONAL CONTRA A CORRUPÇÃO

Antes de expormos as possibilidades de atuação do Ministério Público Federal (MPF) no monitoramento internacional da convenção interamericana contra a corrupção, cabe apontar os riscos e desafios desse mecanismo.

Em primeiro lugar, o Mecanismo de Acompanhamento estudado acima é espaço intergovernamental, que atua no sensível tema da corrupção em cada um dos Estados partes. É notório que, por definição, a corrupção atinge esferas do poder público (cooptadas para os ganhos privados – dos

próprios governantes ou do poder econômico associado), o que faz que seu combate possa ser dificultoso em diversos países, tendo como adversário parte dos agentes públicos nacionais.

Por isso, o primeiro risco do Mecanismo é que ele se concentre no acompanhamento de medidas legislativas nacionais, sem maior preocupação sobre o *enforcement* ou na medição do impacto real (número de condenações, por exemplo) dessas medidas. O Mecanismo, lembrando a máxima de Tomasi di Lampedusa no clássico “Il Gattopardo”²⁷, serviria para mostrar mudanças, mantendo tudo - a corrupção - como sempre foi... A dificuldade de vários países em apresentar resultados e estatísticas confiáveis sobre o combate à corrupção nos mais diversos níveis da organização de um Estado - municipal, estadual e federal - mostra o desafio ao mecanismo.

O segundo risco é a adoção de recomendações do mesmo naipe, ou seja, de cunho formal ou normativo, sem exigir que os Estados avaliados mostrem, na rodada seguinte, os resultados efetivos do combate à corrupção.

Por isso, a participação do MPF no acompanhamento da implementação das convenções contra a corrupção tem dupla função: (i) auxiliar os demais órgãos internos de combate à corrupção (como a Controladoria-Geral da União - CGU) no fortalecimento da parte prática do mecanismo de acompanhamento; (ii) buscar a elaboração de recomendações que reforcem a atuação prática dos órgãos de fiscalização e controle.

7 CONCLUSÕES

Do que foi visto até agora, há que salientar que os textos internacionais citados - todos firmados, ratificados e promulgados pelo Brasil - não se tratam de meras recomendações ou enunciados de boas intenções.

Suas disposições criam obrigações concretas para os Estados parte. Assim, os Estados-parte estão obrigados a adotar as medidas legislativas e administrativas previstas nos textos internacionais e os valores, princípios, fins, meios e procedimentos consagrados, certamente delimitando ao legislador nacional a discricionariedade para penalizar ou não as condutas por eles disciplinadas, ou os princípios que devem reger a função pública, dentre eles sistemas de declaração de ingressos, patrimônio e atividades de servidores e de particulares que se envolvam com o setor público.

27 “Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”. TOMASI DI LAMPEDUSA, Giuseppe. Prefácio de Gioacchino Lanza Tomasi. *Il Gattopardo*. Milano: Feltrinelli, 2008.

Por isso, é importante que o Ministério Público Federal (MPF) empodere-se, de modo profissional e constante, dos mecanismos de monitoramento internacional contra a corrupção já existentes.

Dentro desta perspectiva, cabe ao MPF utilizar, em prol da sociedade brasileira, do exercício de monitoramento internacional, evitando que seja um mero cumprimento burocrático e quase invisível das diretrizes impostas pela normativa internacional, fazendo que o esforço internacional contra a corrupção seja, *efetivamente*, um motor de mudança no desenvolvimento da temática no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALTAMIRANO, Giorleny D. “The impact of the inter-american Convention against corruption”. In: 38 *University of Miami InterAmerican Law Review*, 2006-2007, p. 487-548.

CARVALHO RAMOS, André de. “O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1999, vol. 25, p. 106-114.

CARVALHO RAMOS, André de. “O Combate Internacional à Corrupção e a Lei de Improbidade” In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; SILVA FILHO, Nívio Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Eds.). *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-34.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

GEIGER, Rudolf. “Legal Assistance between States in Criminal Matters” in BERNHARDT, Rudolf (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. vol. III, Amsterdam: New York: North Holland Publishing Co, 1992. p. 201-209.

JOHNSTON, Michael. “Cross-border Corruption: Points of Vulnerability and Challenges for Reform”. *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*, 1998, vol. 13.

MICHELE, Roberto de. “The follow-up mechanism of the Interamerican convention against corruption. A preliminary assessment: is the glass half empty?”. In: 10 *Southwestern journal of Law and trade in the Americas* (2003-2004), p. 295-318.

PREISS, Richard T. “Privacy of Financial Information and Civil Rights Issues: The Implications for Investing and Prosecuting International Economic Crime” in RIDER, Barry and ASHE, Michael. (Eds), *Money Laundering Control*. Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell. 1996. p. 343360.

ROSENN, Keith S. “Brazil’s legal culture: the jeito revisited”. *Florida International Law Journal*, 1984, vol. I, p. 1-43.

SARAIVA, Wellington. “Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção”. In: *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015, p. 175-184.

TOMASI DI LAMPEDUSA, Giuseppe. Prefácio de Gioacchino Lanza Tomasi. *Il Gattopardo*. Milano: Feltrinelli, 2008.

O COMBATE À CORRUPÇÃO
COMO GARANTIA DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS

*COMBATING CORRUPTION AS A GUARANTEE OF
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW*

*Luiz Fabricio Thaumaturgo Vergueiro
Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.
Advogado da União.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Atuação Internacional da Advocacia-Geral da União; 2 Convergências entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional dos Direitos Humanos; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A corrupção pública e privada é um fenômeno estudado por diversas ciências, tais como sociologia, economia, psicologia e história, mas em especial pela ciência jurídica, mormente nos campos do Direito Constitucional, Direito Penal, e Direito Administrativo. Este artigo se propõe a trazer um olhar sobre o combate a este fenômeno sob o enfoque específico do Direito Internacional Público e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Direito. Internacional. Direitos Humanos.

ABSTRACT: Public and private corruption is a phenomenon studied by multiple sciences, such as sociology, economy, psychology and history, but especially by the legal science, chiefly the fields of constitutional Law, criminal Law, and administrative Law. This article aims to place focus on fighting against such phenomenon through the specific lenses of Public International Law and International Human Rights Law.

KEYWORDS: Corruption. Law. International. Human Rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo sistematizar debates durante o *II Congresso de Combate à Corrupção na Administração Pública: Diálogos interinstitucionais*, promovido pela Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo (EAGU), e pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG).

Naquela ocasião, dentre ilustres internacionalistas, desenvolveu-se exposição em duas fases subsequentes, a primeira voltada a esclarecer sobre o papel da Advocacia-Geral da União na representação jurídica do Estado brasileiro, perante foros internacionais e jurisdições estrangeiras; e a segunda explicitando pontos de convergência entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por vezes apresentados como antagônicos.

Adota-se a metodologia de revisão bibliográfica, associada à documentação indireta de atos e pronunciamentos internacionais sobre o assunto, disponíveis em bases de dados públicas. Visando a manter coerência, o artigo percorrerá a mesma sequência de ideias da apresentação.

1 ATUAÇÃO INTERNACIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Como instituição jurídica ainda relativamente nova, inserida pela Assembleia Nacional Constituinte no Capítulo IV, da Constituição Federal de 1988 (Das Funções Essenciais à Justiça), ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, a Advocacia-Geral da União (AGU), tem como missão representar a União, judicial e extrajudicialmente, isto é, de todos os órgãos da administração pública federal, nestes incluídos os das esferas legislativa e judiciária, bem como as demais instituições essenciais à Justiça, isto é, o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. Além disso, deve também prestar assessoramento jurídico (função consultiva), mas nisto limitada aos órgãos do por executivo federal¹.

Para as finalidades deste artigo, o que importa destacar é que, sendo responsável pela representação judicial e extrajudicial da União (art. 131, CF), e competindo a este ente federativo, com exclusividade, manter relações com Estados estrangeiros, e participar de organizações internacionais (art. 21, I, CF), incumbe à AGU representar judicialmente o Estado brasileiro perante jurisdições estrangeiras, assim como diante de tribunais e cortes internacionais (v.g.: Corte Interamericana de Direitos

1 MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 43

Humanos, mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, etc.)².

Em síntese, compete à AGU atuar judicialmente em nome da República Federativa do Brasil perante juízos de outros países.

No âmbito interno da AGU, a tarefa é da Procuradoria-Geral da União (PGU), instituída, em linhas gerais, pelo art. 9º, da Lei Complementar nº 73, de 1993, e de forma mais detalhada pelo Decreto nº 7.392, de 13 dez. 2010, com alterações introduzidas pelo Decreto nº 8.995, de 02 mar. 2017.

Na PGU, o tema de representação judicial da União em matéria internacional, tanto no âmbito doméstico (auxílio direto passivo, temas migratórios, opção de nacionalidade, etc.), quanto no plano externo, é do Departamento de Assuntos Internacionais (DAI), segundo os parâmetros do art. 27, do Decreto nº 7.392, de 2010³. Cabe ao Núcleo de Controvérsias em Foro Estrangeiro (NUEST), a missão mais diretamente ligada ao título, isto é, à atuação internacional da AGU no combate à corrupção no exterior.

A casuística dos trabalhos de combate à corrupção demonstrou que, em determinadas circunstâncias, as medidas mais tradicionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal como em matéria cível, nomeadamente cartas rogatórias e pedidos de auxílio direto ativo, sofrem contramedidas levadas a efeito pelos sujeitos interessados diante do Poder Judiciário do Estado rogado (aquele ao qual se pediu a assistência)⁴. Para ilustrar melhor a situação, é necessário brevemente indicar o funcionamento das medidas de cooperação jurídica internacional.

Decisões judiciais, em sentido amplo, podem circular entre países diferentes, desde que respeitada a soberania de cada um deles, assim, quando um juiz brasileiro determina a obtenção de provas situadas no estrangeiro (extratos bancários, registros de bens, oitiva de testemunhas, etc.), ou

2 LIMA, Carolina Arantes Neuber. A Advocacia-Geral da União e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 11 dez. 2014. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42251/a-advocacia-geral-da-uniao-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 maio 2020.

3 Art. 27. Ao Departamento de Assuntos Internacionais compete: (Redação dada pelo Decreto nº 8.995, de 2017). I - planejar, coordenar e supervisionar as atividades relativas à representação e defesa judicial da União nas matérias de direito internacional; II - assistir judicialmente a União em demandas relacionadas a Direito Internacional e nas execuções de pedidos de cooperação judiciária internacional; III - representação judicial e extrajudicial da União, observada a competência específica de outros órgãos, em processos judiciais perante os órgãos judiciários brasileiros, decorrentes de tratados, acordos ou ajustes internacionais ou em execução dos pedidos de cooperação judiciária internacional; e IV - atuar, no que diz respeito à forma e ao conteúdo jurídicos, no processo de elaboração das manifestações do Estado brasileiro em petições e casos em tramitação nos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e nos órgãos referidos em tratados internacionais de direitos humanos, inclusive na fase de manifestações quanto ao cumprimento de suas recomendações e decisões. (Incluído pelo Decreto nº 8.995, de 2017)

4 ANDRETTA JUNIOR, Homero. Desafios na recuperação internacional de ativos. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v.15, n.1, jan./dez. 2018, p. 127-145, 2018.

então, quando ordena o congelamento de ativos localizados em outro país, este pedido é transmitido através do Ministério da Justiça (art. 37, CPC; art. 783, CPP), para seu congêneres no país de destino (Estado rogado)⁵.

Chegando ao destino, percurso inverso é percorrido até que o pedido chegue ao juiz daquele Estado, que avalia requisitos extrínsecos e intrínsecos da solicitação e, achando-os conforme a lei nacional, determina sob sua autoridade que seja cumprido. Normalmente isto satisfaz às necessidades do juiz brasileiro, que recebe de volta as provas de que necessita, ou vê indisponibilizados recursos auferidos pelos investigados.

Ocorre que o juiz estrangeiro, assim como o brasileiro, está sujeito à revisão de suas decisões pelas vias de impugnação daquele ordenamento jurídico, de tal maneira que aquele pedido feito em nome do Estado brasileiro, pode se ver questionado, e passando a necessitar de defesa. Neste momento, entra em atividade a AGU, que passará a sustentar a prevalência da solicitação feita pela República Federativa do Brasil.

Esta representação, entretanto, não costuma ser exercida diretamente pelos membros da AGU, visto que lhes falta capacidade postulatória segundo as leis do Estado rogado, o que exige a contratação de profissional do Direito habilitado a litigar naquela jurisdição, com o qual, em conjunto, serão defendidos os interesses do Estado brasileiro.

A contratação do escritório de advocacia estrangeiro se processa segundo o peculiar rito da Lei nº 8.897, de 1994, que atribui ao Presidente da República a contratação de advogados e especialistas para defesa judicial e extrajudicial de interesse da União no exterior (art. 4º). O chefe de Estado, por sua vez, delegou ao Advogado-Geral da União tal competência, conforme o art. 1º, do Decreto nº 7.598, de 2011.

Já o Advogado-Geral disciplinou o procedimento em sua Portaria nº 217, de 09 jul. 2015, da qual se destaca (art. 8º), a prévia seleção por uma Comissão de Contratação de Advogado para Defesa da República no Exterior (CADEX), com representantes do DAI, da Diretoria de Planejamento, Orçamento e Finanças da Secretaria Geral de Administração (SGA) da AGU, e da Superintendência de Administração no Distrito Federal, da SGA.

A CADEX, a seu turno, faz uma pesquisa inicial no cadastro previsto pelo art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.897, de 1994, organizada pelo Ministério das Relações Exteriores (MRE). Ao mesmo tempo, a Comissão solicita ao DAI pesquisa de especialistas daquele país no tema desta defesa.

A atividade da AGU não se encerra com a contratação do profissional do foro estrangeiro, mas continua a ser coordenada pelo DAI, que designa Advogados da União para definição da estratégia jurídica, orientação

5 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. Saraiva Educação: São Paulo, 2018. p. 443.

ao contratado e aprovação, das manifestações da República no processo; aprova os relatórios de fiscalização do contrato; assim como lavra as procurações e outros documentos relativos à representação da República pelo contratado, conforme o art. 23, da Portaria AGU nº 217, de 2015.

Outra situação em se faz necessária representação do Brasil no foro estrangeiro, em casos de combate à corrupção, é a fase de repatriamento dos bens e valores localizados no exterior, quando tornada definitiva a condenação dos Réus pela Justiça brasileira.

O juiz brasileiro pode solicitar de seu correspondente estrangeiro medidas cautelares de bloqueio de bens, pela via tradicional da carta rogatória, ou por auxílio direto, porém, o mesmo não se aplica ao perdimento definitivo desses valores em favor do Tesouro Nacional, visto que, por regra de Direito Internacional Privado, é vedada a chamada carta rogatória executória. Para isto existe a via da homologação de sentença estrangeira.

Uma vez transitada em julgado a condenação criminal brasileira (alguns países admitem condenação nas instâncias ordinárias), a República deve solicitar ao judiciário do Estado onde se encontram acautelados os bens que dê execução aos efeitos civis da sentença condenatória, o que exige profissional com capacidade postulatória para as cortes locais.

A execução é acompanhada e dirigida pelo DAI, em colaboração com instituições envolvidas na persecução – Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça e Segurança Pública, e Divisão de Cooperação Jurídica Internacional (DCJI), do próprio MRE⁶.

Ela é em parte levada adiante com o apoio do profissional local, na esfera judicial, e em parte conduzida diretamente pelo DPI através de contatos com as autoridades locais, sobretudo diante da necessidade de repartição dos ativos localizados com o Estado rogado, exigência cada vez mais comum destes.

Como nota final a este capítulo, é digno de nota que a AGU também atua, em âmbito doméstico, no apoio a solicitações de Estados estrangeiros de auxílio para seus órgãos de persecução, o que faz por meio do DAI e de suas projeções nas Procuradorias da União em território nacional, através do respectivo Grupo de Atuação em Assuntos Internacionais (GATAI).

6 VILARES, Fernanda Regina. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal e a Recuperação de Ativos. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (orgs.). *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 519-537.

2 CONVERGÊNCIAS ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ao leitor de formação internacionalista o título deverá parecer algo de pleonástico, considerando-se que, do ponto de vista formal e didático, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estaria compreendido no Direito Internacional Público, como um de seus ramos.

Ocorre que a aparente obviedade, para os internacionalistas, não reflete panorama mais amplo das discussões, não apenas no Brasil, sobre um aparente paradoxo entre proteção dos Direitos Humanos e combate a ilícitos, como a corrupção⁷. Entre nós, chega-se a afirmar que estes Direitos se prestariam exclusivamente para a limitação do *ius puniendi* do Estado.

A oposição parte da premissa de que a construção histórica da proteção aos Direitos Humanos, a partir das declarações de direitos estadunidense (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia – 1776), e francesa (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789); posteriormente cristalizada nos ordenamentos jurídicos nacionais pelo histórico do constitucionalismo e elevada, por fim, ao escalão supranacional pela via do Direito Internacional Público, estaria invariavelmente fulcrada em um conjunto de prestações negativas, principalmente estatais, impeditivas de atos ou condutas tendentes ao enfraquecimento desses Direitos Humanos.

A proclamação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, reconhecida como norma imperativa de Direito Internacional⁸, demonstra este ímpeto inicial em trazer, na normatividade internacional, a visão negativa da proteção aos Direitos Humanos, isto é, de limitação do poder estatal frente aos indivíduos.

Sem repetir classificação já exaustivamente apresentada acerca das diversas gerações dos Direitos Humanos, basta lembrar que estas prestações negativas se incluem num primeiro momento histórico da proteção dos direitos, razão pela qual, segundo a conhecida classificação de Karel Vasak, se caracterizam como Direitos Humanos de primeira geração⁹.

7 SCALCON, Raquel Lima. Crítica à Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização: Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão?. *Res Severa Verum Gaudium. Revista Científica dos estudantes da UFRGS*, v. 1, p. 167-184, 2009. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. E ainda: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 48.

8 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 55.

9 VASAK, Karel. *For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, inaugural lecture, 10th Session, International Institute of Human Rights, jul. 1979.

Vê-se, contudo, que não encontra respaldo histórico ou científico a percepção de necessária causalidade para a violação de Direitos Humanos, na relação entre Estado e particulares¹⁰, estes vítimas e aquele o algoz, uma vez que, superando a tradicional ideia de prestações negativas do Estado, foi concebida uma segunda geração de Direitos Humanos, denominados Direitos Sociais, já no início do Século XX, que se caracterizaram pelo dever dos Estados de implementarem prestações positivas de apoio às pessoas.

Se, num primeiro instante, pareceu que estas prestações estariam limitadas a medidas na seara trabalhista, previdenciária, etc., logo se mostrou mais complexa a realidade, passando a exigir-se dos Estados que atuassem positivamente para garantir que o bem-estar pudesse ser livremente fruído, inclusive em face de outros cidadãos, de empresas, etc., borrando os limites até então estabelecidos entre Direitos Humanos de Primeira e Segunda gerações, em virtude da interdependência destes.

Teorizou-se, então, acerca de uma eficácia horizontal dos Direitos Humanos, capaz de gerar pretensões de um particular em relação a outro, intermediadas pelo aparato jurídico do Estado, inclusive na seara penal. Os primeiros estudos advêm da academia alemã, onde são denominados *Drittwirkung* (eficácia externa dos direitos fundamentais), ou ainda, “efeitos horizontais dos direitos fundamentais” (*Horizontalwirkung*)¹¹.

Sucintamente explicada por um de seus mais conhecidos comentaristas, esta doutrina indica que os Direitos Fundamentais não se dirigem apenas contra o Estado, mas também contra os sujeitos de Direito Privado. Os Direitos Fundamentais não careceriam de qualquer transformação em regras que regem as condutas de particulares (civis ou penais), conduzindo diretamente a direitos de defesa em face de outros sujeitos de Direito Privado. Positivando na experiência constitucional esta doutrina, o art. 26, I, da Lei Fundamental – Constituição da (então) Alemanha Ocidental –, deduz de condutas privadas hipótese de inconstitucionalidade¹².

Observando a realidade de patamar semelhante, a tradição constitucional norte-americana desenvolveu sua *State Action Doctrine*, que contempla um dever de proteção do Estado contra a violência praticada por particulares, especialmente à luz da 14^a Emenda, adotada em 1868 como uma das “Emendas da Reconstrução”, resultado da abolição da escravatura ao cabo da Guerra Civil Americana. A 14^a Emenda prevê, em sua Seção 1^a, que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos, e do Estado

10 GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. New York: 2005. p. 113.

11 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 20.

12 *Serão inconstitucionais e punidos pela lei quaisquer atos que sejam suscetíveis ou se adotem com o propósito de perturbar a convivência pacífica dos povos e, em particular, com o fim de preparar uma guerra de agressão.*

onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

A partir da interpretação desta Emenda pela Suprema Corte americana em casos de discriminação racial¹³, destacando a parte final do dispositivo (...*negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.*), definiu-se um dever de intervenção estatal, de impedir que se tornassem “letra morta” os então novíssimos dispositivos constitucionais¹⁴.

Também a Constituição Brasileira de 1988 previu mandamentos expressos de criminalização das violações aos Direitos Fundamentais, via proscrição do racismo (art. 5º, LXII, CF); da tortura, terrorismo, tráfico de entorpecentes, e de outros hediondos (art. 5º, XLIII, CF); da ação de grupos armados contra o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF); da retenção dolosa de salário (art. 7º, X, CF); da violência contra crianças e adolescentes (art. 227, § 4º, CF); e das lesões ao meio ambiente (art. 225, § 3º, CF).

É precisamente esta eficácia horizontal que interessa à análise de normas que impõem aos Estados, a propósito da garantia de Direitos Humanos, a edição de normas penais, e a persecução de delinquentes¹⁵. No Direito Internacional, a eficácia horizontal dos DDHH é observada por dois prismas, considerando efeitos da ação ou omissão de agentes particulares.

Um primeiro corresponde à vinculação direta de particulares no corpo dos próprios tratados, como na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que prevê o dever dos Estados contratantes de combater a discriminação praticada por quaisquer pessoas, grupos ou organizações. Já um segundo consiste na imposição do dever geral de “fiscalização” pelo Estado, cobrando-lhe a garantia dos Direitos Humanos, inclusive pela restrição de particulares que vulnerarem ditos direitos.

Seja numa ou na outra modalidade de intervenção estatal em prol dos Direitos Humanos, decorrente dos tratados internacionais, mostra-se a sua eficácia expansiva que, na linguagem do Direito Internacional, é tratada no tópico da “Eficácia *Erga Omnes* dos Direitos Humanos”.

13 Um conjunto de ações, reunidas por sua similaridade, foi recebido pela Suprema Corte, dando origem ao paradigmático Civil Rights Case (109 U.S. 3 – 1883), e à ainda mais refletida opinião do juiz Harlan, acerca do alcance dos deveres do Estado frente às populações marginalizadas e segregadas por motivos raciais.

14 FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a Global Context: the basics*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 197.

15 GOLÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 46.

Sobre a eficácia *erga omnes* dos Direitos Humanos, aponta a doutrina internacionalista para duas acepções do fenómeno. Primeiramente, como desdobramento da responsabilidade internacional do Estado, que poderá ser acionado por qualquer outro sujeito de Direito Internacional pela violação aos Direitos Humanos – e não somente pelos diretamente atingidos, como decidido no caso *Barcelona Traction*, julgado pela Corte Internacional de Justiça¹⁶. Numa segunda acepção, pelo seu carácter *erga omnes*, as normas internacionais de Direitos Humanos aplicam-se a todos os indivíduos¹⁷, pela mera condição humana, o que os torna, do ponto de vista do Direito Internacional, vindicáveis pelo Estado diretamente em relação aos particulares, assim como oponíveis por indivíduos contra o Estado¹⁸.

Esta é a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em dois casos paradigmáticos – Velazquez Rodriguez e Godinez Cruz –, deduz das normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos um dever positivo do Estado de reprimir violações, inclusive por intermédio do seu aparato penal¹⁹. Igualmente se pronunciou a Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos X e Y (Holanda), no qual o Estado foi condenado por não responsabilizar criminalmente autor de ofensas sexuais contra menor; e *Closed Shops* (Reino Unido), em que o país foi condenado por não reprimir práticas laborais atentatórias aos DDHH²⁰.

Dentre tratados subscritos pelo Brasil, que concretizam o efeito *erga omnes* mediante criação de normas penais, destacam-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais; e a Convenção Interamericana Contra a Corrupção.

Solidificando essa interação entre defesa dos Direitos Humanos e combate à corrupção, o Conselho de Direitos Humanos, órgão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, adotou a Resolução A/HRC/RES/35/25, de 14 jul. 2017, que reconhece impacto negativo sobre os Direitos Humanos:

16 DOBOVSEK, José. *Delitos y Crímenes Internacionales*. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 107.

17 O'CONNEL, Mary Ellen. *The Power and Purpose of international Law: Insights from the theory & practice of enforcement*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 327.

18 MERON, Theodor. *International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law in 301 Recueil des Cours de l'Academie de Droit Intenational de La Haye* (2003), p. 262.

19 CARVALHO RAMOS, op. cit. p. 254.

20 PRONDZYNSKI, Ferdinand von. Freedom of Association and the Closed Shop: The European perspective. *Cambridge Law Journal*, 41 (2) November 1982. p. 256-272.

8. Encoraja as autoridades nacionais anticorrupção e as instituições nacionais de direitos humanos, onde existirem, a cooperarem através do intercâmbio de informação, no que for apropriado, e promoverem o desenvolvimento de estratégias e planos de ação conjuntos para combaterem a corrupção, e seu impacto negativo na fruição dos direitos humanos;

9. Salieta que a cooperação internacional pode contribuir para a prevenção do impacto negativo da corrupção na satisfação dos direitos humanos, inclusive através do fornecimento de serviços de assessoramento técnico, assistência técnica e capacitação, assim como no compartilhamento de boas-práticas para apoiar os Estados, mediante solicitação destes, em seus esforços para prevenir e combater a corrupção;

10. Convida o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, e o Escritório das Nações Unidas para as Drogas e Crime, na qualidade de secretaria da Conferência dos Estados-partes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a trocarem pontos de vista entre si, e manterem-se a par das atividades em andamento, de modo a aprofundarem a compreensão do nexa entre corrupção e direitos humanos;

As recomendações foram reiteradas na Resolução A/HRC/RES/41/9, de 18 jul. 2019, do mesmo Conselho de Direitos Humanos, portanto, é inegável que existe tendência internacional de busca da efetividade de Direitos Humanos, pela criminalização da corrupção.

3 CONCLUSÃO

As considerações anteriores permitem entender que a Advocacia-Geral da União, instituição de Estado e permanente, ocupa espaço que lhe é muito próprio nos desdobramentos internacionais da complexa missão de enfrentamento à corrupção, e especialmente naqueles casos mais graves nos quais algum nível de articulação transfronteiriça estará presente, visando a dissimular a natureza ilícita dos recursos públicos malversados, assim como a distanciar esses bens da origem onde foram captados.

Nesta atividade, não há que prosperar argumentação que busque contrapor, como se fossem domínios antagônicos, a defesa dos Direitos Humanos, e a batalha contra a chaga da corrupção, em todas as suas sinistras manifestações e independentemente de quem sejam os imputados.

Pelo contrário, no âmbito do Direito Internacional Público, está consagrada a necessidade de medidas sancionatórias rígidas e de métodos especiais de investigação para combater a corrupção, fenômeno delitivo que afeta de maneira brutal a fruição de Direitos Humanos.

Por todas estas razões, é imprescindível o constante aperfeiçoamento da representação jurídica internacional dos Poderes da República, levada a efeito pela Advocacia-Geral da União que, talvez no futuro, poderia ir além da contratação de escritórios de advocacia estrangeiros, para designar membros habilitados a litigar perante outras jurisdições, ao menos nos foros onde seja mais comum a intervenção da AGU.

REFERÊNCIAS

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Resolução A/HRC/RES/35/25, de 14 jul. 2017. *The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights*. Disponível em: <www. <https://undocs.org/A/HRC/RES/35/25>>. Acesso em: 10 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Resolução A/HRC/RES/41/9, de 18 jul. 2019. *The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights*. Disponível em: <www. <https://undocs.org/A/HRC/RES/41/9>>. Acesso em: 10 maio 2020.

BIBLIOGRAFIA

ANDRETTA JUNIOR, Homero. Desafios na recuperação internacional de ativos. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v.15, n.1, jan./dez.2018. p. 127-145.

BLISCHENKO, Igor Pavlovich. *Derecho Humanitario Internacional*. Moscou: Progreso, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DOBOVSEK, José. *Derecho Internacional Penal: Fuentes normativas*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance; ZILI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (orgs.). *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *American Law in a Global Context: the basics*. New York: Oxford University Press, 2005.

GOLÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. New York: 2005.

KILKELLY, Ursula. *The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights (2001)*. Strasbourg: Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2003.

LIMA, Carolina Arantes Neuber. A Advocacia-Geral da União e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 11 dez. 2014. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42251/a-advocacia-geral-da-uniao-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 maio 2020.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MERON, Theodor. International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law. In: 301 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2003).

O'CONNEL, Mary Ellen. *The Power and Purpose of international Law: Insights from the theory & practice of enforcement*. New York: Oxford University Press, 2008.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A Proteção Constitucional e Internacional do Direito à Liberdade de Religião*. São Paulo: Verbatim, 2010.

PRONDZYNSKI, Ferdinand von. Freedom of Association and the Closed Shop: The European perspective. *Cambridge Law Journal*, 41 (2) November 1982. p. 256-272.

SCALCON, Raquel Lima. Crítica à Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização: Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão? Res Severa Verum Gaudium. *Revista Científica dos estudantes da UFRGS*, v. 1, p. 167-184, 2009.

VASAK, Karel. *For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, inaugural lecture, 10th Session, International Institute of Human Rights, July, 1979.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso*. Coimbra: Almedina, 2010

VIEIRA, José Ribas (org.) *Constituição e Estado de Segurança: Nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Curitiba: Juruá, 2008.

VILARES, Fernanda Regina. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal e a Recuperação de Ativos. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILI, Marcos Alexandre Coelho; VILARES, Fernanda Regina (orgs.). *Direito Processual Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 519-537.

WLASIC, Juan Carlos. *Manual Crítico de Derechos Humanos*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

COORDENAÇÃO E COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO: ALGUNS APONTAMENTOS

*INTERINSTITUTIONAL COORDINATION AND COOPERATION
IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION: SOME NOTES*

Vanir Fridriczewski

Doutorando em Estado de Direito e Governança Global pela Universidade de Salamanca – Espanha. Advogado da União. Diretor do Departamento de Patrimônio Público e Proibição da Procuradoria-Geral da União.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Corrupção, um fenômeno complexo; 2 A complexidade do sistema brasileiro de aplicação de direito sancionador; 3 Fundamentos para a coordenação e cooperação interinstitucional na luta contra a corrupção; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: A corrupção e seu combate é um tema que há tempos ocupa as pautas nacional e internacional. Cuida-se de um fenômeno complexo, com multiplicidade de causas, consequências e formas de manifestação. O presente artigo analisa alguns aspectos dessa complexidade da corrupção. Na sequência, também analisa peculiaridades do sistema brasileiro de aplicação de direito sancionador. Ao final são lançadas observações sobre a necessidade, possibilidade e avanço da atuação coordenada e cooperativa dos vários atores públicos integrantes do microsistema brasileiro de combate à corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Combate à Corrupção Pública. Coordenação e Cooperação Interinstitucional.

ABSTRACT: Corruption and its deterrence is a long-time matter in the national and international agendas. It constitutes a complex phenomenon, with multiple causes, consequences and arrangements. This article analyzes some aspects of such complexity. In sequence, it also analyzes peculiarities of the Brazilian system for the enforcement of sanctioning law. At the end, remarks are carried out upon the need, possibility and advances of coordinated and cooperative performance by the several public actors which compose the Brazilian microsystem for the fight against corruption.

KEYWORDS: Public Corruption. Deterrence. Public Actors. Coordination. Cooperation.

INTRODUÇÃO

Combate à corrupção e a consequente recuperação de ativos. Eis um tema que, há tempos, é objeto de muitos estudos e de políticas públicas nacionais e internacionais. Com maior ou menor intensidade, a depender de circunstâncias locais ou regionais, sociais ou políticas de cada País, na grande maioria dos rincões do planeta Terra se observa um crescimento das preocupações com esse fenômeno. Não faltam iniciativas e novas experiências anticorrupção ao redor do mundo, com o redesenho ou a criação de órgãos ou organismos, novas leis, novos compromissos internacionais anticorrupção, e muitas outras medidas.

No Brasil, infelizmente, este fenômeno vem marcando nossa história recente. O “jeitinho” brasileiro e a pequena corrupção fazem parte do dia a dia. Parece haver um componente cultural e moral coletivo muito forte que induz esses comportamentos, aos quais pode ser acrescentada, ainda, a sonegação de tributos. E a isso se somam escândalos de corrupção. Anões do Orçamento, TRT de São Paulo, Jorgina de Freitas, Mensalão, Operação Lava-Jato e Sanguessuga são alguns exemplos de grandes casos de corrupção que marcaram nossa recente história.

Nada obstante esse cenário permeado por atos de natureza corruptiva e outros ilícitos correlatos, os últimos anos também foram marcados por avanços no combate dessas ilegalidades. Além de várias melhorias institucionais e da afirmação de outros atores estatais com atribuição para lutar contra a corrupção, novas ferramentas foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico, como a colaboração premiada e o acordo de leniência. Talvez vivemos, atualmente, um cenário ou tempo de maior avanço no combate à corrupção no Brasil.

Nesse novo cenário, todavia, se verificam algumas lacunas ou incongruências (aparentes?), que ora conduzem ou podem ter potencialidade de conduzir a punições excessivas ou em duplicidade – *bis in idem* –, ora a situações de impunidade, ambas essas não desejadas no seio de um Estado Democrático de Direito. Qual a razão para isso? Possível, ou certamente são vários os porquês para ocorrência dessas situações indesejadas na luta contra corrupção. A complexidade do fenômeno corrupção talvez possa ser apontada como uma das causas, a qual podem ser associadas características típicas do sistema jurídico brasileiro.

O presente artigo, pois, analisa a complexidade do fenômeno corrupção, bem como algumas peculiaridades do sistema de direito sancionador brasileiro. Na sequência, lança algumas ideias em torno da necessidade de atuação coordenada e cooperativa dos vários atores públicos integrantes do microssistema brasileiro de combate à corrupção para, de maneira sustentável e eficaz, fazer frente a este fenômeno tão grave e prejudicial para nossa jovem democracia.

Estas são as ideias desenvolvidas a partir das próximas páginas.

1 CORRUPÇÃO, UM FENÔMENO COMPLEXO

Talvez poucos sejam os fenômenos ilícitos conhecidos que se mostram tão complexos como a corrupção. E essa complexidade pode ser apreendida, por exemplo, a partir das suas causas, das suas consequências e das formas como os fenômenos corruptivos se manifestam.

No que diz com as causas, Mendieta e Sánchez fazem uma ampla análise sobre as mesmas, afirmando que a corrupção é melhor compreendida como sendo um fenômeno imerso em um círculo vicioso no qual variáveis diferentes a produzem e, por sua vez, esta produz a expansão daquelas variáveis. Em outras palavras, entre a corrupção e suas causas existe uma espécie de retroalimentação que tende a fortalecer o fenômeno e suas causas. E com base em uma extensa revisão bibliográfica apresentam um rol analítico (mas não exaustivo) de possíveis causas de corrupção: (a) baixo desenvolvimento moral, (b) desigualdade e desconfiança social, (c) partidos corruptos, (d) ausência de uma Administração Pública profissionalizada, (e) controles insuficientes, (f) baixa qualidade democrática e baixo desenvolvimento econômico, (g) poder de monopólio, discricção e imprensa, (h) regime federal, (i) globalização e (j) variáveis culturais^{1 2}.

Já no que concerne às consequências, Tanzi, por exemplo, analisou os efeitos da corrupção sobre a economia e o desenvolvimento e, dentre tantos efeitos negativos, destaca que a corrupção (a) reduz o investimento e, como consequência, reduz a taxas de crescimento econômico, sendo que esta redução no investimento se supõe que seja causada por altos custos e pela incerteza criada pela corrupção, (b) reduz a produtividade dos investimentos públicos e da infraestrutura de um país, (c) reduz os ingressos fiscais (tributos), principalmente pelo impacto que tem sobre a Administração Pública tributária e aduanas, e, (d) reduz o investimento estrangeiro direto, pois a corrupção tem o mesmo efeito que um imposto e de fato funciona como um imposto, na medida em que o seu aumento e a sua imprevisibilidade são equivalentes aos aumentos dos valores dos impostos em relação às empresas, o que desestimula o investimento³.

1 MENDIETA, Manuel Villoria; SÁNCHEZ, Agustín Izquierdo. *Ética pública y buen gobierno* (regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público), Madri: Tecnos, 2016. p. 263-283.

2 Ainda sobre as causas da corrupção, com conclusões sobre a multicausalidade para a mesma, podem ser referidos, exemplificativamente, os seguintes estudos: KAUFMANN, Daniel. Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Revista Perspectivas*, Santiago, v. 3, n. 2, p. 367-387, 2000; LAMBSDORFF, Johann Graf. Causes and consequences of corruption: what do we know from a cross-section of countries? In: Rose-Ackerman, Susan. *International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2006. p. 3-51; TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of public economics*, Amesterdã. v. 76, n. 3, p. 399-457, 2000.

3 TANZI, Vito. Corruption around the world: Causes, consequences, scope, and cures. *Staff Papers-International Monetary Fund*, Washington, v. 45, n. 4, p. 559-594, 1998.

Além disso, outra nota predominante ou consequência de todos os atos de corrupção é afetar o correto funcionamento da Administração Pública⁴. Ou seja, um dos primeiros e mais diretos efeitos de um ato de corrupção, por qualquer forma e intensidade, é prejudicar o regular funcionamento da Administração Pública, na medida em que o ato de corrupção, embora praticado no seio da Administração Pública e com a utilização ou auxílio do aparato estatal para a sua concretização, não está destinado à satisfação dos interesses da coletividade ou da própria Administração Pública ou Estado, mas, ao contrário, é concretizado com vistas a garantir a obtenção de um benefício pelos autores do ato manchado com as tintas da corrupção, situação esta que, por óbvio, traz prejuízo ao regular funcionamento da máquina estatal. E este irregular ou deficiente funcionamento das instituições públicas traz como consequência a perda de credibilidade e confiança nestas instituições. A corrupção, portanto, provoca uma crise de credibilidade e de confiança nas instituições públicas e no Estado, crise esta que, por si só, tem aptidão para fragilizar um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que é a confiança no Estado.

Nesse sentido Oliveira assinala que o Estado moderno não pode ser visto como um inimigo da sociedade civil, mas ao contrário, deve complementá-la e representá-la, sendo a sociedade a destinatária natural dos recursos arrecadados pelo Estado. Um dos objetivos do Estado moderno, portanto, é garantir o bem-estar das pessoas, assegurando-lhes dignidade. Para tanto, aproveitando-se de sua atividade instrumental de arrecadação de tributos, o Estado deve destiná-los para a prestação de serviços, para o exercício do poder de polícia e para a intervenção no domínio econômico. O Estado, então, deve ser estruturado para o atingimento de sua finalidade primeira, qual seja, prestar atividades ao indivíduo⁵.

Dito isto em outras palavras, um dos papéis do Estado moderno, especialmente no marco de um Estado Democrático de Direito, é garantir a concretização e a fruição dos direitos humanos pelos cidadãos e pela sociedade em geral. E a concretização desses direitos demanda uma atuação, organização e adequado funcionamento do Estado. A corrupção, todavia, como referido, afeta o correto funcionamento da Administração Pública e da atividade estatal, sendo que a afetação ou prejuízo ao regular funcionamento da Administração Pública e/ou Estado, como em um círculo vicioso, gera uma consequência imediata e direta, que é o prejuízo ou afetação do desempenho ou desenvolvimento das políticas públicas de Estado, o que, a seu turno, produz outra consequência, que é o incumprimento ou prejuízo na concretização dos direitos humanos e fundamentais.

4 SEÑA, José Francisco Malem. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 49.

5 DE OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 820, p. 423-430, fev. 2004.

Em outras palavras, o respeito e a concretização dos direitos humanos e fundamentais tem como pressuposto a adequada organização e funcionamento do Estado, assim como das instituições democráticas (a Administração Pública em geral) e das políticas públicas desenvolvidas para este fim. A corrupção, inclusive nos casos em que inexistente desvio de recursos públicos, afeta o correto funcionamento do Estado e da Administração Pública em geral, pois o atuar destas instituições, que é materializado por atos de seus agentes, se desvia dos fins institucionais para atender a interesses privados ilícitos, o que desencadeia uma série de prejuízos para as políticas de Estado, bem como para a concretização e respeito aos direitos humanos e fundamentais.

E estas consequências se intensificam quando estamos diante de atos de corrupção que implicam em desvio de recursos públicos. É que nestes casos, além dos já citados prejuízos ao regular funcionamento da atividade estatal, com o desvio dos escassos ou limitados recursos públicos, especialmente em países pobres ou em desenvolvimento, se materializa um prejuízo financeiro muitas vezes não compensável e que pode, inclusive, fulminar uma ação ou programa estatal.

Pode se afirmar, assim, que a corrupção, especialmente nos casos em que há desvio de recursos públicos, por afetar o correto funcionamento da atividade estatal, prejudica ou inviabiliza muitas políticas de Estado, gerando, assim, uma infinidade de consequências negativas para o respeito e concretização dos direitos humanos e fundamentais. A corrupção, portanto, se apresenta como a grande inimiga dos direitos humanos e fundamentais, assim como do Estado Democrático de Direito^{6 7}.

Há, pois, uma multiplicidade de causas e consequências da corrupção, todas elas interagindo entre si e formando uma espécie de círculo vicioso em que o fenômeno, suas causas e consequências parecem se retroalimentar.

E a esta multiplicidade de causas e consequências se agrega, ainda, uma terceira característica, que é a multiplicidade de formas através das quais se manifestam os fenômenos corruptivos, o pode ser apreendido do quadro-resumo (não exaustivo) apresentado por Rose-Ackerman e Palifka⁸:

6 FRIDRICZEWSKI, Vanir. Estado democrático de direito e corrupção pública: de que fenômeno estamos tratando? In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Corrupção como fenômeno supralegal*. Juruá Editora, 2017. p. 99-118.

7 Esses aspectos são destacados pela doutrina, que assim assinala: La corrupción impide que los Estados cumplan con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. La corrupción supone siempre, como mínimo, consecuencias negativas para los derechos humanos en tanto genera un vaciado del espacio propicio para su respeto. Ello es así porque impide una asignación justa de los recursos (con el desvío de fondos necesarios para hacer efectivos los derechos, especialmente de acceso a los servicios público), obstaculiza la inclusión (fijando quién participa y quién no, excluyendo a los grupos más vulnerables) y en cuanto impide la rendición de cuentas no permite la determinación de los responsables de las violaciones de los derechos humanos ni, por tanto, la garantía obligada de los mismos. La corrupción dificulta el hacer efectiva la democracia y el estado de derecho. QUINTERO, Ruth Martínón. Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. EUNOMÍA. *Revista en Cultura de la Legalidad*, Madri, p. 8-33, 2016.

8 ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reformas*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2019. p. 42.

Cuadro 1.1. Tipos de corrupción	
Soborno	Intercambio explícito de dinero, regalos en especie o favores, a cambio de violación de normas o como pago por beneficios que legalmente deberían ser gratuitos o proporcionados sobre la base de criterios distintos a la voluntad de pagar por ellos. Incluye tanto el soborno de funcionarios públicos como el soborno comercial de agentes de empresas privadas.
Extorsión	Petición de soborno o favor por parte de un funcionario público como condición sine qua non para cumplir su deber o para violar una norma. Tratamos la extorsión como una modalidad de soborno en la cual el sobornador juega un papel activo (algunas veces la norma es creada por el extorsionador para exigir el soborno).
Intercambio de favores	Intercambio de una violación de normas por otra.
Nepotismo	Contratar a un miembro de la familia o a alguien con vínculos sociales cercanos, en lugar de un candidato con más méritos pero sin vínculos.
Amiguismo	Preferir a los miembros del grupo – racial/étnico, religioso, político social – al que se pertenece a los miembros de otros grupos en las decisiones sobre asuntos laborales.
Fraude judicial	Una decisión judicial basada en cualquiera de las modalidades anteriores de corrupción, o en amenazas al juez, y no en los méritos del caso.
Fraude contable	Engaño intencional respecto de las ventas o ganancias (normalmente para elevar el precio de las acciones).
Fraude electoral	Manipulación de los resultados electorales, mediante la compra de voto o el empleo de amenazas al electorado, o la falsificación o destrucción de votos.
Fraude al servicio público	Cualquier tipo de actividad que socave los requisitos jurídicos que rigen la prestación de los servicios públicos, incluso en los casos en que no se pagan soborno. Por ejemplo, los profesores pueden proporcionar a los alumnos las respuestas de exámenes estandarizados (habitualmente para garantizar financiación). Los prestadores de servicios de salud pueden recetar innecesariamente estudios o inventarse pacientes para aumentar el número de reembolsos que reciben. Los funcionarios públicos pueden descuidar sus trabajos para hacer trabajos para el sector privado, robar suministros para revenderlos o simplemente faltar al trabajo.
Malversación	Robo al empleador (empresa, gobierno u ONG) por parte del empleado.
Cleptocracia	Un Estado autocrático que está gestionado con el objetivo de maximizar la riqueza personal de sus máximos dirigentes.
Tráfico de influencias	Usar el poder de decisión que se tienen en el gobierno para obtener sobornos o favores de partes interesadas.
Conflictos de interés	Tener un interés personal respecto de los efectos de las políticas sobre las cuales se tiene poder de decisión.

Como se observa, corrupção não é um fenômeno único, mas muito pelo contrário, é poliédrico em suas manifestações e plural em suas consequências, e não ignorar esta realidade é condicionante para uma luta eficaz frente a ela, que não é simples e que não deve se limitar

ao conteúdo de alguns tipos penais⁹. Corrupção, portanto, também é um fenômeno penal, mas não é só um fenômeno penal. É um fenômeno ilícito multicausal, multiconsequencial e plural em suas manifestações, marcado basicamente por dois elementos chaves: a existência de descumprimento de um dever institucional e a busca por um benefício próprio irregular¹⁰.

Este universo amplo é a corrupção, que no caso brasileiro, por exemplo, está vestida com roupas de ilícitos penais, especialmente contra a Administração Pública, de atos de improbidade administrativa, entre tantos outros ilícitos. Lutar ou combater a corrupção, portanto, é combater um fenômeno amplo e complexo.

E no Brasil esta luta também se dá no seio de um complexo sistema de aplicação do direito sancionador, objeto do próximo tópico.

2 A COMPLEXIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO DE APLICAÇÃO DE DIREITO SANCIONADOR

Afora a amplitude e complexidade do fenômeno corrupção, o que por si só já é indicativo da dificuldade para o seu enfrentamento, no caso brasileiro nos deparamos, ainda, com outra situação bem característica, que é a complexidade do nosso sistema de aplicação do direito sancionador, a qual decorre, por óbvio, da complexidade do nosso sistema jurídico-constitucional, em que coexistem vários âmbitos de responsabilização de agentes públicos, alguns deles estruturados especialmente a partir da Constituição de 1988 e distribuídos, inclusive, nos vários níveis ou entidades da federação brasileira¹¹.

Sem nos aprofundarmos, aqui, nas discussões que podem surgir a partir do modelo federativo brasileiro, o que destacamos é que alguns desses âmbitos ou esferas de responsabilização são inerentes a determinados agentes públicos, como por exemplo por crimes de responsabilidade, ao

9 DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. Estudios de Deusto: *revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, v. 63, n. 1, p. 229-265, 2015.

10 AJENJO, José Antonio Fernández. *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*: especial referencia al Tribunal de Cuentas ya la Intervención General de la Administración del Estado. Navarra: Aranzadi, 2011. p. 58-66.

11 Considerando nosso modelo federativo e organização político-institucional do Brasil, coexistem vários âmbitos ou campos de responsabilização no plano horizontal (no mesmo plano da federação brasileira coexistem vários sistemas de responsabilização, como por exemplo no âmbito federal), como no que denominamos aspecto vertical (coexistência de vários sistemas de responsabilização nos vários entes da federação, tanto em nível federal, estadual e municipal).

passo que outras esferas de responsabilização apresentam, por assim dizer, um caráter geral, podendo alcançar todos agentes públicos¹².

Nesse sentido, o primeiro âmbito de responsabilização que destacamos é o que se convencionou chamar de responsabilidade política. Em essência, este regime de responsabilização pode conduzir à perda do mandato eletivo em razão do sancionamento de infrações político-legislativas produzidas por integrantes do Poder Legislativo, em conformidade com o art. 55 da Constituição, notadamente os incisos I, II e III, do que é exemplo a sanção por quebra do decoro parlamentar (inciso II), caracterizada pelo abuso das prerrogativas de membro do Congresso Nacional, bem como na percepção de vantagens indevidas, além de outros casos definidos no regimento interno das Casas do Congresso Nacional, ensejando julgamento pela Casa Legislativa a que pertence o parlamentar, com grande carga de discricionariedade política da mesma¹³. Trata-se de regime de responsabilidade aplicável especificamente aos parlamentares e cuja sanção máxima é a perda do mandato eletivo.

A outra esfera de responsabilização dos agentes públicos brasileiros é pela prática dos denominados crime de responsabilidade, que se cuida de campo de responsabilidade político-constitucional em que o bem jurídico que se busca proteger é a legitimidade política necessária ao exercício de determinado cargo público, de modo que a perda dessa legitimidade implica na imposição de perda do mesmo e proibição de retorno a ele por determinado período. Essa aplicação ocorre através do processamento do nominado *impeachment*¹⁴, exercício de jurisdição política, e isso em razão do critério de julgamento da conduta funcional, sindicada à luz de condutas constitucionais e legais existentes^{15 16}.

A responsabilidade civil, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição, é outro âmbito de responsabilização dos agentes públicos, podendo os mesmos serem chamados a responder pelos danos causados pelo Estado quando presentes dolo ou culpa do agente.

Outra esfera de responsabilização dos agentes públicos é a penal, cabendo destacar, aqui, que o Código Penal – assim como as demais leis penais

12 FRIDRICZEWSKI, Vanir. *Ação de Improbidade Administrativa e Tutela do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 14-20.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 856-857.

14 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 114.

15 BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 76-87.

16 Amplo é o rol das autoridades que podem ser julgadas em processos dessa natureza, como apontado na Lei nº 1.079, de 1950, sendo que a responsabilização nesse âmbito não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal (art. 3º).

-, aplica-se, como regra, em todo o território nacional e a todos aqueles que nele se encontrarem (exegese do art. 5º do Código Penal), salvo exceções à incidência dessas normas, que ora podem aparecer na Constituição (Art. 53), ora na própria legislação penal (*v.g.* Código Penal, Art. 142).

A responsabilidade administrativa é outra esfera de responsabilidade a que os agentes públicos estão submetidos. Este sistema de responsabilização é regulado por leis específicas que tipificam infrações e sanções disciplinares, como é o caso, por exemplo, da Lei nº 8.112, de 1990 no âmbito federal, sanções essas que, no entanto, são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, notadamente porque, muito embora se admita a existência da coisa julgada administrativa, nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser afastada do exame do Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição).

Por fim, cabe falar na esfera político-civil de responsabilidade, que tem como pressuposto a prática de ato de improbidade administrativa. O que destacamos é que as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa diferem-se das sanções de natureza penal, pois a própria Constituição, em seu art. 37, § 4º, assim determina, ao dispor que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*.

Além disso, com recorda a doutrina¹⁷, as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa apresentam uma natureza dúplice, de cunho político (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos e perda de função pública), duplicidade essa que levou o STJ a afirmar, em julgado de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, que as sanções por improbidade possuem natureza político-civil, muito embora com alguma identidade com as sanções penais, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória), seja quanto ao conteúdo, por não haver diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo¹⁸.

A partir disso, o que destacamos é que o sistema constitucional pátrio permite a coexistência desses vários sistemas ou âmbitos de responsabilização dos agentes públicos, havendo, em alguns casos, identidade ou semelhança nas sanções, e isto porque alguns princípios

17 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 988.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.163.643*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 30 de março de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 abr. 2020.

são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja eles nos ilícitos penais, seja nos ilícitos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena¹⁹.

Nessa linha, o esclarecimento que precisa ser feito é quanto ao grau de inter-relação e (in)dependência entre estes sistemas ou âmbitos de responsabilização. Recordemos, a propósito, que o STF²⁰ já decidiu no sentido de que as instâncias civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Ou seja, a convivência das diversas esferas de responsabilidade no sistema brasileiro é matizada, pois como recorda Pacelli de Oliveira²¹, o Brasil adota um sistema de independência relativa ou mitigada dos diversos âmbitos de responsabilidade, razão pela qual em alguns aspectos há subordinação temática de uma instância de responsabilidade sobre a outra, como se pode apreender inclusive dessa referência da jurisprudência do STF, a qual traz a condicionante “ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria”.

Seguindo essa linha é necessário fazer dois apontamentos sobre o tema, os quais exemplificam essa problemática. Primeiramente nos referimos ao art. 935 do Código Civil, o qual estabelece que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. E algo semelhante – e este é o segundo apontamento – ocorre com a Lei nº 8.112/91, a qual em seu art. 126 dispõe que a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. Isso quer significar que a formação, no âmbito processual penal, de um juízo de certeza sobre a inexistência do fato, ou sobre a autoria (sua negativa), vincula as esferas civil e administrativa, nas quais não mais se poderá discutir sobre essas questões. Trata-se, pois, a decisão do juízo criminal, de decisão com eficácia subordinante que impede a reabertura da discussão em qualquer outro processo ou juízo, e isso em razão da unidade da jurisdição²².

19 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 26.951*, Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 18 de novembro de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 abr. 2020.

21 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 205.

22 PACELLI DE OLIVEIRA, op. cit., p. 212.

É preciso frisar, todavia, que não se trata de prevalência da atuação de determinado órgão estatal sobre os demais. O que há é eficácia subordinante da decisão judicial, a qual, em determinadas circunstâncias e a depender de seu conteúdo, impedirá que qualquer órgão estatal ou pessoa²³ venha a reabrir discussões sobre a celeuma, pouco importando quem anteriormente tenha inaugurado a discussão.

Esses apontamentos servem para demonstrar que no sistema jurídico brasileiro de aplicação do direito sancionador, o que inclui o sistema e mecanismos anticorrupção, não há propriamente prevalência ou subordinação de um órgão em relação aos demais. O que há são espaços de atribuição e competência sistematizados, ainda que com alguma imperfeição - uns inclusive compartilhados (atribuição e/ou competência concorrente), como ocorre no caso da ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa, em que foi reconhecida a legitimidade ativa tanto ao Ministério Público como às pessoas jurídicas interessadas (art. 17 da Lei nº 8.429, de 1992). E é este cenário que, aparentemente, fomenta conflito ou sobreposição entre os vários órgãos, quando em verdade deveria ou está vocacionado a incentivar uma convivência harmônica e cooperativa entre os mesmos.

Este é o tema do próximo tópico.

3 FUNDAMENTOS PARA A COORDENAÇÃO E COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO

Como se apreende do acima exposto, em nosso amplo e complexo sistema de responsabilização, especialmente em matéria anticorrupção, há espaços para atuação de vários órgãos ou instituições, inclusive em vários níveis da federação. No âmbito federal, por exemplo, pode ser citado o Ministério Público Federal, a Polícia Federal, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e o Tribunal de Contas da União. Há, pois, uma multiplicidade institucional, a qual, como ferramenta reativa para combater a corrupção, envolve a geração de caminhos alternativos através dos quais as autoridades podem monitorar, investigar e punir a corrupção. E a capacidade de várias instituições para monitorar, investigar e formular acusações administrativas, civis e criminais baseadas em suspeitas ou irregularidades detectadas, aumenta a probabilidade de que os envolvidos em corrupção sejam responsabilizados²⁴.

²³ Referimos pessoa porque, em tese, tanto a pessoa física como jurídica pode ser autora de uma ação penal privada ou até subsidiária em caso de inércia do Ministério Público (art. 29 do CPP).

²⁴ CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Usando multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristina (Coord.).

Ou seja, o fenômeno corrupção é complexo, assim como complexo também se mostra o sistema brasileiro de direito sancionador. Nada obstante, e abstraindo-se eventuais e indevidas vaidades pessoais, mal esse que infelizmente também alcança alguns agentes públicos (e com isso acaba por refletir no perfil e na atuação das instituições), um olhar mais aprofundado sobre esse sistema permite extrair comandos que direcionam para uma atuação coordenada e cooperativa dessas múltiplas instituições integrantes do sistema anticorrupção brasileiro.

Esse comando é observado, por exemplo, no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, a qual, incorporando a diretriz prevista no art. 51 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁵, traz a expressa previsão do art. 17, § 2º, no sentido de que a “Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”. O que se apreende disso é que, em matéria de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, as quais versam, em última síntese, sobre responsabilização por atos de natureza corruptiva, deverá sempre ser perseguida a máxima reparação dos danos sofridos pelo Estado (*rectius*, danos sofridos pelo patrimônio público, pela coletividade), podendo a Fazenda Pública tanto ajuizar ações para esse fim (art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429, de 1992), como aderir às ações ajuizadas pelo Ministério Público (art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429, de 1992) ou, ainda, quando for o caso, ajuizar ações para complementação do ressarcimento (art. 17, § 2º, da Lei nº 8.429, de 1992). E a recíproca, ainda que também com a finalidade de preservar a função primordial do Ministério Público de fiscal da lei, igualmente é verdadeira, pois o art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429, de 1992, é expresso ao dispor que o Ministério Público, se não intervir no processo como parte atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Ou seja, essas normas deixam clara a existência de um sistema com atribuições do Ministério Público e do ente lesado (ente público) organizadas de maneira harmônica, cooperativa e, principalmente, complementar, atribuições essas que não se excluem, mas, muito pelo contrário, se somam, incorporando, assim, os princípios que impõem uma atuação estatal orientada à busca da máxima recuperação de ativos e da restauração mais ampla possível do patrimônio público lesado por atos de improbidade administrativa.

Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 175-203.

25 Artigo 51

Disposição geral

A restituição de ativos de acordo com o presente Capítulo é um princípio fundamental da presente Convenção e os Estados Partes se prestarão à mais ampla cooperação e assistência entre si a esse respeito.

E esse espírito de cooperação e complementação na atuação dos diversos órgãos do sistema brasileiro anticorrupção, bem como a necessidade de se buscar a mais ampla reparação dos danos sofridos pelo Estado, também é incorporado pela Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846, de 2013, a qual, em seu art. 16, § 3º, traz a expressa previsão no sentido de que o acordo de leniência, cuja competência para celebração é da Controladoria-Geral da União (§ 10 do art. 16), não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, reparação essa que, se não for assegurada no acordo de leniência, poderá ser perseguida pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público, através dos meios próprios, como por exemplo o manuseio de ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa, atuação essa que em nenhum momento obstará o exercício da constitucional competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 71 da Constituição, bem como não impede ou não afasta a possibilidade de manuseio de ferramentas penais para sancionamento de ilícitos.

Há, pois, coexistência de ferramentas e atribuições, as quais parecem encontrar dois limites, inerentes inclusive a todo e qualquer regime de direito sancionador no seio de um Estado Democrático de Direito: o primeiro, a proibição de *bis in idem*, a qual alcança ou veda, inclusive, ressarcimento de valores ao Estado em duplicidade, e o segundo, a proibição de atuação dos órgãos sancionadores fora ou além do seu âmbito de competência e atribuição, o que, todavia, não é proibitivo de atuações cooperativas e coordenadas, as quais inclusive parecem ser um imperativo que a Constituição impõe à Administração Pública e que decorre, entre outros, do princípio da eficiência (art. 37 da Constituição).

E nesse sentido importa referir que a instituição do acordo de leniência da Lei nº 12.846, de 2013, parece estar gerando consequências no sistema anticorrupção que certamente nunca foram vistas no Brasil²⁶. Nos referimos justamente ao fortalecimento da cooperação e coordenação entre os órgãos encarregados de combater a corrupção, o que, como num círculo virtuoso, também está gerando outras consequências - positivas - em suas ações em diversos campos de responsabilidade. E um exemplo dessa mudança de paradigma é o acordo de leniência firmado com as empresas Technip Brasil e Flexibras, que, pela primeira vez, teve a participação dos três principais órgãos anticorrupção do Brasil, a saber, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e o Ministério Público

26 FRIDRICZEWSKI, Vanir. Actuación interinstitucional, combate a la corrupción y recuperación de activos en Brasil: algunas luces. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando (Editores). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 273-293.

Federal, além de contar com a participação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos²⁷. Foi o primeiro caso, no Brasil, de negociação global com empresas envolvidas na Operação Lava-Jato, instituições brasileiras e estrangeiras ao mesmo tempo, e que resultou na obrigação de pagar o valor de 1,13 bilhão de reais, bem como inaugurou um modelo de atuação coordenada de múltiplos órgãos e jurisdições até então não experimentado na praxe brasileira.

Além disso, outras consequências ou experiências positivas decorrem dos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013. É importante observar, nesse sentido, que desde 2016 a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União vêm trabalhando coordenadas nas negociações de acordos de leniência, uma experiência recentemente reforçada com a edição de novo ato conjunto reestruturando e reorganizando essa ação compartilhada²⁸.

É essa ação conjunta dos órgãos parece essencial para intensificar e explorar todo o potencial que o acordo de leniência apresenta. Com efeito, nos termos da Lei de Regência, dois requisitos, dentre os vários, são indispensáveis para a celebração de um acordo: a identificação dos envolvidos nas infrações, quando cabível, e a pronta apresentação de informações e documentos que comprovem os fatos sob investigação.

E com o cumprimento desses requisitos, especialmente com a identificação dos demais envolvidos nas infrações e o fornecimento rápido de informações e documentos que comprovem os fatos sob investigação, são abertas oportunidades para novas investigações contra outros envolvidos nos ilícitos, demandando atuação de vários atores do sistema brasileiro anticorrupção e permitindo melhorar as possibilidades do Estado sancionar criminal ou administrativamente terceiros envolvidos em atos de natureza corruptiva e, com isso, obter a melhoria nos níveis de recuperação de ativos.

4 CONCLUSÃO

A corrupção, como se observa dessas breves anotações, tem como uma de suas consequências o desvio de recursos públicos – prejuízo financeiro ao Estado. Mas seus efeitos negativos são muito mais amplos e sentidos por praticamente toda sociedade. Além disso, é um fenômeno amplo e complexo que transcende os restritos termos e tipos criminais previstos pelo direito penal. O seu enfrentamento e combate, portanto, demanda uma atuação estatal que vai muito além do sistema de justiça penal.

27 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/technip-brasil-e-flexibras>. Acesso em: 14 maio 2020.

28 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/08/cgu-e-agu-reestruturam-regulamento-dos-acordos-de-leniencia-1>. Acesso em: 14 maio 2020.

No caso brasileiro, vários são as instituições com atuação no microsistema de combate à corrupção. Como toda obra do ser humano, esse sistema apresenta imperfeições e necessita aprimoramentos. Nada obstante, os instrumentos hoje adotados estão permitindo o desenvolvimento de ações coordenadas entre os vários atores para o enfrentamento da corrupção, e essas ações vem mostrando resultados promissores.

Essas atuação multi-institucional cooperativa e colaborativa, além da melhora dos resultados como, por exemplo, no campo da recuperação de ativos, pode dispersar a responsabilidade pela luta contra a corrupção, diminuído a probabilidade de que uma única instituição seja alvo de reações adversas²⁹, o que, ao fim, pode produzir um resultado favorável nessa batalha.

Há um longo caminho a ser percorrido no Brasil para controlarmos a corrupção. Mas passos importantes estão sendo dados, especialmente a partir dessas experiências com ações cooperativas e colaborativas entre várias instituições, as quais parecem estar permitindo o surgimento de círculos virtuosos que seguramente terão um efeito positivo na luta contra esse fenômeno complexo a corrupção.

O desafio que se põe é justamente fomentar essas ações coordenadas, as quais, acima de tudo, pressupõem o desenvolvimento de uma cultura cooperativa e colaborativa entre os vários atores, com respeito às atribuições e competências dos mesmos. Espera-se que essas experiências se fortaleçam e se perenizem em nosso sistema anticorrupção.

REFERENCIAS

AJENJO, José Antonio Fernández. *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*: especial referencia al Tribunal de Cuentas ya la Intervención General de la Administración del Estado. Navarra: Aranzadi, 2011.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Usando multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristina (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁹ CARSON; PRADO, op. cit., p. 175-203.

DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, v. 63, n. 1, p. 229-265, 2015.

DE OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 820, p. 423-430, fev. 2004.

FRIDRICZEWSKI, Vanir. *Ação de Improbidade Administrativa e Tutela do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

FRIDRICZEWSKI, Vanir. Actuación interinstitucional, combate a la corrupción y recuperación de activos en Brasil: algunas luces. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo; RODRÍGUEZ-LOPEZ, Fernando (Editores). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

FRIDRICZEWSKI, Vanir. Estado democrático de direito e corrupção pública: de que fenômeno estamos tratando? In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Corrupção como fenômeno supralegal*. Juruá Editora, 2017.

KAUFMANN, Daniel. Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Revista Perspectivas*, Santiago, v. 3, n. 2, p. 367-387, 2000.

LAMBSDORFF, Johann Graf. Causes and consequences of corruption: what do we know from a cross-section of countries? In: ROSE-ACKERMAN, Susan. *International Handbook on the Economics of Corruption*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDIETA, Manuel Villoria; SÁNCHEZ, Agustín Izquierdo. *Ética pública y buen gobierno (regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público)*, Madri: Tecnos, 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUINTERO, Ruth Martínón. Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madri, p. 8-33, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reformas*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2019.

SEÑA, José Francisco Malem. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

TANZI, Vito. Corruption around the world: Causes, consequences, scope, and cures. *Staff Papers-International Monetary Fund*. Washington, v. 45, n. 4, p. 559-594, 1998.

TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of public economics*, Amesterdã. v. 76, n. 3, p. 399-457, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEI ANTICRIME E SUAS INOVAÇÕES: COLABORAÇÃO PREMIADA, ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, SEQUESTRO DE BENS/CONFISCO ALARGADO E PRISÃO PREVENTIVA

ANTICRIME LAW AND ITS INNOVATIONS: WINNING COLLABORATION, NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT, ASSET SEIZURE / EXTENDED CONFISCATION AND PREVENTIVE DETENTION

Fausto Martin De Sanctis

Doutor em Direito Penal pela USP e Especialista em Processo Civil pela UnB. Conferencista no Brasil e no exterior. Desembargador Federal no TRF3. Recebeu distinção honrosa em International Law and Affairs em 2016 da New York State Bar Association – NYSBA por ter sido considerado o magistrado-precursor das decisões atinentes à prevenção e ao combate da corrupção e da lavagem de dinheiro no Brasil. Foi Procurador do Município de São Paulo, Procurador do Estado e Juiz de Direito em São Paulo. Possui 31 obras publicadas no Brasil e no exterior, sendo 15 de autoria individual, além de artigos diversos.

SUMÁRIO: 1 Colaboração premiada; 2 Acordo de não persecução penal; 3 Sequestro de bens/ Confisco alargado; 4 Prisão Preventiva; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A entrada em vigor em 23.01.2020 da Lei nº 13.964, de 24.12.2019 (Lei Anticrime), trouxe expressiva inovação no âmbito penal e processual penal, notadamente na esfera dos crimes de competência federal. O novo regramento da Colaboração Premiada, do Sequestro de Bens, do Confisco Alargado e da Prisão Preventiva, sem contar o novo Acordo de Não Persecução Penal, ensejará um repensar das ações estatais. O largo espectro de incidência destes institutos no combate à criminalidade organizada e na investigação dos crimes econômico-financeiros contribuirá para que os órgãos de persecução penal possam atuar com mais efetividade, valendo-se de instrumentos que assegurem a eficácia de suas ações em sintonia com o postulado da segurança jurídica e das garantias do devido processo legal. A doutrina e a jurisprudência certamente lançarão luzes sobre estas questões e neste esforço volta-se o presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticrime. Inovações Penais e Processuais Penais. Abrangência. Efetividade. Segurança Jurídica. Devido Processo Legal.

ABSTRACT: The entry into force on 23.01.2020 of Law No. 13.964, of 12.24.2019 (Anticrime Law), brought expressive innovation in the criminal and procedural criminal sphere, notably in the sphere of crimes within the federal jurisdiction. The new regulation of Awarded Collaboration, Asset Hijacking, Extended Confiscation and Preventive Prison, not to mention the new Penal Non-Persecution Agreement, will give rise to a rethinking of state actions. The broad spectrum of incidence of these institutes in the fight against organized crime and in the investigation of economic and financial crimes will contribute so that the organs of criminal prosecution can act more effectively, using instruments that ensure the effectiveness of their actions in line with the law, assumption of legal certainty and guarantees of due process. Doctrine and jurisprudence will certainly shed light on these issues and in this effort the present study is turned.

KEYWORDS: Anticrime Law. Criminal and procedural innovations. Coverage. Effectiveness. Legal certainty. Due legal process.

1 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A confissão prevista como circunstância atenuante no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, ocorre quando o agente aquiesce com a perpetração do crime tanto na esfera policial como quando interrogado em juízo, destacando-se que tal assunção de responsabilidade pelo ilícito se levada em conta para fins de formação do convencimento judicial, faz com que incida o entendimento plasmado na Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça (“quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal”).

O exame dos aspectos comportamentais do agente para a incidência da sobredita atenuante primeiro deve se ater diretamente à sua personalidade (capacidade de assumir erros e suas consequências) e depois deve se espriar para a aferição de que ao se dispor a narrar os fatos criminosos já conhecidos (subsidiando as provas outrora amealhadas pelos órgãos de persecução penal em atitude colaborativa pela vinda de informações uteis à elucidação da prática delitiva), evidencia postura proativa em favor da investigação que deve ser valorada positivamente quando da dosimetria da pena.

Todavia, a confissão, por representar apenas a assunção dos fatos delituosos pelo réu (preteritamente desvendados), ainda que retrate a participação de demais agentes no universo criminoso, não tem o alcance de produzir prova em detrimento daqueles. Diversamente, a Delação Premiada ou a Colaboração Premiada, expressão cunhada a partir da edição das Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas e de Organização Criminosa (Lei nº 9.807 de 13.07.1999 e, posteriormente pela Lei nº 12.850, de 02.08.2013), ocorre no instante em que um integrante do grupo criminoso confessa o crime ou os crimes e se predispõe a delatar os fatos criminosos aos agentes de persecução penal.

Significa a admissão da própria conduta delituosa com efetivo auxílio aos agentes de persecução penal para o desvendamento de todo o espectro criminoso, implicando na confissão total e na individualização da responsabilidade dos demais membros. Assim agindo, ao término da persecução criminal poderá obter os benefícios previstos na legislação, quais sejam, perdão judicial, redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos.

Este instituto tem incidência no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas (Título CXVI, Felipe II, 1603),¹ sendo também validado no direito estrangeiro. No Brasil faz-se a ele menção em diversos diplomas legais, notadamente no Código Penal (artigo 159, § 4º, com a redação dada pela Lei n.º 9.269, de 02.04.1996), na Lei n.º 7.492, de 16.06.1986 (artigo 25, § 2º, acrescentado pela Lei n.º 9.080, de 19.07.1995), na Lei n.º 8.072, de 25.07.1990 (artigo 8º, parágrafo único), na Lei n.º 8.137, de 27.12.1990 (artigo 16, parágrafo único, acrescentado pela Lei n.º 9.080/1995), na Lei n.º 9.034, de 03.05.1995 (artigo 6º - este diploma foi revogado pela Lei n.º 12.850, de 02.08.2013), na Lei n.º 9.613, de 03.03.1998, com a redação dada pela Lei n.º 12.683, de 09.07.2012 (artigo 1º, § 5º), na Lei n.º 9.807, de 13.07.1999 (artigos 13/15), bem ainda na Lei n.º 11.343, 23.08.2006 (artigo 41).

No âmbito internacional, podem ser lembradas a Convenção da O.N.U. de Mérida contra a Corrupção, assinada em 09.12.2003, na cidade mexicana de mesmo nome, ratificada pelo Brasil em 15.06.2005, entrando em vigor internacional em 14.12.2005. Aprovada pelo Decreto-Legislativo n.º 348, de 18.05.2005, e promulgada pelas Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), que corretamente recomenda: “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção” (artigo 37, 2).

A Colaboração Premiada traz à cena um juízo ético-jurídico retributivo-preventivo, vale dizer, prevenção do crime em geral (em relação a toda a sociedade) e especial (no que se relaciona ao réu) com apenamento em grau diferenciado. Pode ser adjetivada como sendo ética, útil e estratégica. Ética, por dar efetividade aos fins político-criminais e à tutela do bem jurídico protegido pela norma, guardando simetria com a justiça social e o bem-estar da coletividade. Útil, por retirar dos órgãos de persecução penal a exclusiva responsabilidade probatória na formação de culpa do agente criminoso (já que ele trará elementos que respaldarão as investigações). E, finalmente, estratégica, notadamente à Defesa, porquanto o réu será agraciado com um apenamento relativizado sem os ônus inerentes ao desenrolar de uma instrução processual penal.

1 ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M. Mallet, 2016. p. 34.

Este instituto deve ser encorajado pelos órgãos de persecução penal ante os evidentes ganhos obtidos com a cessação da prática criminosa (seja pela dificuldade de se angariar provas pela vigência da “lei do silêncio”, seja pelo solapamento da coesão das organizações criminosas pelo rompimento da *affectio societatis*² com o consequente esfacelamento da união havida entre seus pares), de modo que a adoção da colaboração premiada representa uma possibilidade (talvez a única) da descoberta de graves crimes, com a restituição dos produtos e proveitos das infrações penais, com a prisão de criminosos, com a localização de eventual vítima com a sua integridade física assegurada, numa verdadeira equação custo-benefício.

O advogado que anui à colaboração contribui com um valoroso serviço à Justiça, já que não lhe cabe expor fatos falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé, em plena aderência aos preceitos do Código de Ética e Disciplina da OAB (art. 6º da Resolução OAB nº 02, de 19.10.2015). Este é o real sentido da função advocatícia como essencial à Justiça. Opor-se à colaboração premiada estaria a significar objeção à eficácia da justiça, e não ao instituto em si.

A natureza jurídica do instituto da colaboração premiada foi gestada pelos precedentes que se formaram ao longo dos anos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça restando assentada a sua bilateralidade: um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. Um negócio jurídico processual porquanto, 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.”³

O Superior Tribunal de Justiça, com lastro neste precedente, reafirmou esta natureza jurídica do instituto, ressaltando ser a colaboração premiada uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova “advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros”,⁴ ainda que venham a ser nominados quando

2 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 7. ed. revisada, atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 810/811.

3 Habeas Corpus nº 127.483-PR, Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli, DJe de 04.02.2016.

4 RHC 69.988/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 07.11.2016.

das declarações prestadas, carecendo, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem.

Estes precedentes deram ensejo à edição pela Lei nº 13.964, de 24.12.2019 (Lei Anticrime) do art. 3º-A: “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”

As alterações promovidas pela Lei Anticrime reforçam que o agente colaborador deve elucidar toda a trama criminosa⁵ (o que o difere da figura da testemunha) e deve entregar todos os dados para a confrontação dos crimes que indicar, deste modo fica obstado que ele se valha da justiça como forma de dirimir os conflitos havidos no âmago das organizações criminosas.

Assim sendo, a pessoa delatada mantém a sua condição de presumidamente inocente até que a veracidade da versão dada pelo agente colaborador seja confrontada e plenamente confirmada pelos elementos de prova por ele entregues. A prova, direta e indireta, obtida a partir do procedimento de colaboração premiada, deve ser suficiente para o limiar da ação penal, devendo ser lastreada em outros elementos apresentados pelo agente colaborador para aferir-se a presença da materialidade dos tipos imputados e indícios de autoria dos agentes delatados.

O instituto lastreia-se em confiança mútua, todavia este aspecto não impõe a vinculação do juiz com o acordo previamente entabulado entre o investigado ou acusado e Autoridade Policial e Ministério Público. Não se pode eleger como cláusula a renúncia ao direito de recorrer na medida em que o agente colaborador pode se insurgir contra decisão judicial que repute prejudicial a seus interesses (dicção do art. 5º, inciso

5 Art. 4º 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:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

XXXV, da CF), sendo nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória (art. 4º, § 7º-B, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime).

Certamente a pessoa que colabora com a justiça submete-se à evidente pressão ao revelar a trama delitativa, no entanto esta característica não enfraquece eticamente o instituto, porquanto a Lei acaba por estabelecer este ônus ao prever redução ou extinção de pena nas hipóteses de confissão, arrependimento eficaz ou posterior, desistência voluntária, pagamento de tributo ou seu parcelamento, transação penal, ou cabimento da colaboração premiada ainda que o acusado seja condenado.

Esta última hipótese, admitida na lei sobre organização criminosa (artigo 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/2013) prevê que a sanção possa ser reduzida até a metade ou admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Esta possibilidade certamente contribui para a eternização da negociação, já que permite ao acusado a eleição do momento que considere apropriado para elucidar crimes em desprestígio da Administração da Justiça e das pessoas que venham a partir deste momento ser delatadas, dada a faculdade de aquele obter, ainda que a destempo, os benefícios da lei.

Inerente ao procedimento de colaboração premiada a confidencialidade, todavia este caráter restou positivado pela inserção do art. 3º-B à Lei de organização criminosa quando da edição da Lei Anticrime ao preconizar que:

O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

Todavia, na esteira do disposto no artigo 7º, §3º (com nova redação conferida pela Lei nº 13.964/2019), o acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador deixam de ser sigilosos a partir do instante em que recebida a denúncia ou queixa-crime, sendo vedado ao juiz decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

No entanto, o caráter sigiloso do acordo de agente colaborador demanda ser analisado sob duplo aspecto: o sigilo da existência do acordo e de seus termos e, num segundo instante, o sigilo do conteúdo das declarações prestadas. Por isso se considera que tanto a existência do acordo de colaboração premiada quanto os termos e condições em que foi realizado é de interesse circunscrito ao réu colaborador e à sua Defesa, à Autoridade Policial, ao Órgão Ministerial e ao Magistrado.

A aceitação aos termos do acordo e a sua aderência pelo colaborador resvalam apenas na aplicação da sanção penal a ele imposta, em nada atingindo o direito de defesa das pessoas que venham a ser delatadas. No entanto, a partir do instante em que a pessoa delatada venha a constar no polo passivo de uma investigação, culminando na deflagração de uma ação penal, sua Defesa deve ter ciência do teor do procedimento formado para que possa mensurar e aquilatar se a decisão está revestida de legalidade.

Aqui cabe registrar que não tem sido admitida a “corroboração recíproca ou cruzada” eis que não se pode “impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores.”⁶ Não se admite, portanto, que o elemento de confirmação de uma colaboração premiada seja outra colaboração premiada, de um diverso delator, ainda que ambas possuam semelhante conteúdo.

Diversamente, se a narrativa apresentada pelo agente colaborador vier a ser utilizada como prova (quando corroborada por outros elementos probatórios) não haveria como não dar eficácia a ela, tampouco obstar acesso pelos demais agentes, de modo que sendo admitida a prova, o segredo que sobre o procedimento impera deve ser levantado. A partir deste momento a Defesa do delatado detém o direito a acessar os autos da persecução penal instaurada após a colaboração premiada. Ainda que sujeitas a sigilo, passará a Defesa a possuir acesso a todas as provas já produzidas e agregadas ao caderno processual, à exceção, obviamente, de procedimentos investigatórios que ainda estejam em andamento.

Por outro vértice, a partir da assunção de conhecimento do procedimento pelos delatados os órgãos de persecução estatal são obrigados a adotar medidas que resguardem a integridade do delator (art. 5º da Lei nº 12.850/2013). Todavia, não se pode levantar o sigilo acerca dos termos e condições do acordo (os quais tramitam em autos apartados), sendo de nota rememorar que o acordo de colaboração premiada em si não pode ser objeto de impugnação pelos delatados, por se tratar de negócio jurídico processual personalíssimo, conforme reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento de colaboração premiada, isoladamente, não pode subsidiar o deferimento de medidas cautelares reais ou pessoais, de recebimento de denúncia⁷ ou queixa-crime, tampouco lastrear sentença condenatória em detrimento do delatado (inteligência do art. 4º, §16, da

6 PET 5700 – Distrito Federal, Decisão monocrática de 22.09.2015, Rel. Min. Celso de Mello.

7 ANGELO, Tiago. *Colaboração Premiada*: Com base na lei “anticrime”, TRF-3 rejeita denúncia contra Lula e Frei Chico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/trf-rejeita-denuncia-ex-presidente-lula-frei-chico>. Acesso em: 24 maio 2020.

Lei nº 12.850/2013, com a redação da Lei Anticrime), todavia detém valor probante quando se agrega aos demais elementos produzidos no conjunto probatório.

A validade dos elementos ofertados pelo colaborador somente pode ser mensurada após confronto com outros elementos de prova. Aqui tem prevalência o que a doutrina nomina de “regra da corroboração”, vale dizer, o agente colaborador deve se valer de fontes extrínsecas, indicando elementos informativos e provas que validem suas declarações (indicação do produto do crime, “de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para a identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental, etc.”⁸).

Este entendimento já era adotado desde longa data pela doutrina e jurisprudência, tendo sido positivado pelo acréscimo do art. 3º-C, §4º, à Lei de Organização Criminosa pela Lei Anticrime.

A valoração pelo julgador tem suporte no que se reconhece como um “regime de prova legal negativa”,⁹ por meio do qual se entende que a colaboração premiada isoladamente não é suficiente para validar a condenação do delatado, porquanto o legislador não elegeu, abstratamente, o que é necessário para respaldar a condenação e, sim, tão-somente, em reforço à presunção de inocência, o que se afigura insuficiente para superar a dúvida razoável.

A Lei nº 12.850/2013 sabiamente trouxe mecanismos que obstem abusos pelo espúrio emprego da colaboração premiada, na medida em que, além da previsão do art. 4º, §16, estabeleceu como crime, na forma do art. 19, com pena de um a quatro anos de reclusão, e multa, a conduta daquele que “imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente” ou daquele que “revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas”.

O juiz não pode participar das tratativas estabelecidas entre as partes para a celebração do acordo de colaboração, eis que devem ficar circunscritas a Autoridade Policial, ao investigado e a sua Defesa, com a manifestação do Ministério Público, ou, somente, entre o órgão ministerial e o investigado ou acusado e sua Defesa (art. 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013). Prevalece neste instante o acordo lastreado no consenso das partes, em

8 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 7. ed. revisada, atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 845.

9 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. revsada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 201.

simetria com o sistema acusatório e com a natureza da justiça negocial na esfera penal.

Após a celebração do acordo e reduzidas a termo as declarações do agente colaborador, o termo assinado deve ser remetido ao juiz a fim de que se dê sua homologação (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/2013) visando à aferição da regularidade, legalidade, adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º do art. 4º, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11.07.1984, e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º do art. 4º, bem ainda a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* do art. 4º e a voluntariedade da manifestação de vontade do agente colaborador, especialmente nos casos em que está ou esteve sob os efeitos de medidas cautelares.

Ao magistrado é conferida a oportunidade de discordar dos termos ao homologar o instituto, eis que tal fase equivaleria a mesma da fixação da pena em sentença condenatória. Isto porque o agente colaborador, após a admissão dos fatos delitivos, de sua materialidade e a autoria, deseja a garantia da punição que considera mais justa pelo esforço de esclarecimento da prática delituosa até então desconhecida. Não se trataria de atuação judicial parcial, mas apenas de concordar ou não do *quantum* ou mesmo do perdão judicial esperado como se faz, repisa-se, na fase de dosimetria da pena de uma sentença criminal. Antecipa-se, pois, com a colaboração premiada tal fase na medida em que já presentes e admitidos os elementos do crime, inclusive os anímicos, apesar de tais elementos se sujeitarem a sua ratificação quando da sentença.

Por ocasião da homologação, verifica-se aspectos atinentes à preservação do sigilo do acordo, à obediência à lei de regência (leia-se, a pena sugerida e sua proporcionalidade com os fatos), à voluntariedade da delação do agente, vale dizer, se foi celebrado sem vícios de consentimento decorrentes de coação, erro ou dolo (por similitude ao art. 171, inciso II, do Código Civil) e sem excessos de parte a parte. Efetua-se, portanto, o controle judicial de cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais.

O art. 4º, § 7º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, impõe ao juiz ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de sua Defesa, para averiguar estes elementos. Anteriormente à vigência deste diploma legal, facultava-se a presença da Defesa, silenciando quanto à da Autoridade Policial ou do

Ministério Público e assim o fez certamente o legislador com o objetivo de perquirir a voluntariedade da colaboração e a motivação do agente para celebrar o acordo, sem que houvesse qualquer intimidação. Atualmente, com a redação conferida pela Lei Anticrime, está certo que o agente colaborador será ouvido pelo juiz somente na presença de sua defesa.

O exame levado a efeito pelo juiz visa perquirir a exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade, não se resvalando sobre o exame da veracidade dos fatos delatados, bem ainda não tece considerações acerca do grau de confiabilidade das declarações e das ilações apresentadas pelo agente colaborador quanto a revelação da estrutura criminosa em apuração ou ainda quanto a eventual divisão de tarefas no seio da organização criminosa.

A Lei de Organização Criminosa, no entanto, aparentemente não teria prescrito limites da atuação do órgão acusatório para o entabulamento dos acordos de colaboração premiada, tampouco elegeu as balizas para o oferecimento dos benefícios ao agente colaborador. Porém, o *caput* e os §§ 4º e 5º do art. 4º preveem certo balizamento ao definir o *quantum* de fixação de consequências penais em casos da aplicação desse instituto, os casos de não oferecimento da denúncia e sua aplicação após a prolação da sentença.

No §1º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 estipulou-se que a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, sem que houvesse predeterminação do alcance da oferta ministerial. Durante as negociações as partes (Ministério Público e o réu) elegem suas avenças, sendo que o agente colaborador compromete-se a revelar a prática delitativa por meio da apresentação de elementos de prova, produto ou proveito da infração penal. De seu lado, o Estado (representado pelo Ministério Público), apresenta os benefícios que podem resvalar na diminuição da pena ou mesmo conduzir à não persecução penal, tendo, então, lugar a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal por este órgão.

O controle jurisdicional quanto à legalidade das cláusulas pactuadas oportunizará que o juiz se recuse a homologar na hipótese de elas serem irregulares, abusivas, ilegais ou em dissonância com o ordenamento jurídico (art. 4º, § 8º, da Lei nº 12.850/2013, com a redação conferida pela Lei Anticrime: “O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”). Neste sentido, as lições do eminente Ministro Nefi Cordeiro, quando sustenta que caberá ao juiz aferir se são “respeitadas as garantias constitucionais, se as partes abrem

mão apenas de direitos disponíveis, se a bilateralidade é respeitada na proporção de favores e obrigações pelas partes e até se existe clara violação de isonomia com outros colaboradores em semelhante situação de barganha.¹⁰

Estabelecido o acordo entre as partes, e devidamente homologado pelo Poder Judiciário, o agente colaborador obtém segurança jurídica relativa e não absoluta (inteligência do art. 5º, inciso XXXVI, da CF) quanto à obtenção das benesses avençadas com o Ministério Público, desde que venha a adimplir às obrigações prescritas no acordo. Porém, a expectativa do agente colaborador pode não se confirmar na hipótese em que o juiz entenda após o exame das provas, não devidamente adequadas.

A Constituição Federal assegura ao acusado um processo justo (CF, art. 5º, LV) e isto se dá com observância da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), da autonomia da função acusatória, bem ainda pela imposição de fundamentação das decisões judiciais (CF, art, 93, IX).

Assim é que ao Ministério Público, na forma prevista na Lei nº 12.850/2013, é facultado, por exemplo, a não proceder à persecução penal (art. 4º, §4º, com a nova redação conferida pela Lei Anticrime) e ao juiz é imposto o dever de aplicar as sanções motivadamente, não se podendo, todavia, admitir o desvirtuamento destas funções, em violação ao modelo acusatório do processo, porquanto:

Se o agente ministerial fixa a pena, cumpre em verdade atuação judicial, invade competência de órgão processual e assume o papel de inquisidor. Trata-se de ação concentradora de poderes que não atende aos requisitos de um devido processo legal acusatório, compromete uma ação persecutória estatal isenta e faz ressurgirem os riscos inquisitórios do abuso pela concentração de forças em único agente da persecução criminal – desaparecem controles de partes, esmaecem-se as possibilidades de revisão e tende o réu à coisificação.¹¹

Os limites da supervisão judicial que hão de ser obedecidos na decisão que homologa os termos da colaboração premiada não podem avançar sobre o exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, “os quais só serão objeto de apreciação judicial no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face

10 CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 97.

11 *Ibidem*, p. 68.

das outras provas produzidas no processo.”¹², salvo, porém se isso for o suficiente para der cabo ao processo principal com, por exemplo, o não oferecimento da denúncia pelo *parquet*. O imprescindível controle judicial ocorre quando da homologação do acordo e da posterior verificação de seu cumprimento, entretanto, uma vez homologado e cumprido o acordo sem revogação ou retratação, não há como o juiz retratar-se na sentença, a menos que se revele uma perfeita orquestração. Assim, a implementação das sanções premiais está condicionada ao adimplemento das obrigações que tenham sido assumidas pelo colaborador e de que advenha um ou mais dos resultados indicados no art. 4º, incisos I a V, da Lei nº 12.850/2013, em prol da eficácia da persecução penal e em consonância com o postulado da segurança jurídica e ao princípio da moralidade, instituído no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

A pena a ser aplicada pelo juiz (inteligência do §11 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013) deve obedecer aos parâmetros de redução negociados anteriormente e, como já se definiu, “Ministério Público negocia parâmetros de redução da pena, não define culpa ou pena e, menos ainda, determina início da execução”.¹³ Todavia, o juiz não pode no momento da prolação da sentença, negar-se a respeitar os termos da avença outrora pactuada, desde que a proporcionalidade entre pena e fato criminoso seja respeitada.

O benefício premial a ser conferido ao agente colaborador foi analisado com maestria pelo eminente Ministro Ayres Britto, a saber:

[...] 4. A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no *caput* do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade [...].¹⁴

Após a homologação pelo Poder Judiciário, o acordo de colaboração premiada deve ser interpretado como ato jurídico perfeito a redundar,

12 Pet 5733, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 28.09.2015.

13 CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 69.

14 HC 99736, Relator Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe-091 de 21.05.2010.

quando adimplido pelo agente colaborador, em uma expectativa de direito, mas não em direito subjetivo à obtenção dos benefícios previstos em lei. Em não sendo satisfeito o acordo dada a ineficácia da colaboração, deve o Juiz negar-se, motivadamente, a conceder o benefício outrora avençado, numa clara alusão a que o Juiz não está jungido ao pactuado entre acusado e Ministério Público, já que a ele, e somente a ele, cabe o exame da eficácia e legalidade da colaboração a que se comprometeu o réu, pautando-se justamente nos preceitos constitucionais e no quanto estabelecido na lei de regência, em busca do solucionamento de temas afetos à repressão da criminalidade organizada. E assim o faz exatamente para evitar concentração de poderes ao Órgão Ministerial. Ao Poder Judiciário é dada a resposta criminal mais justa ao caso concreto e indultos somente podem ocorrer, nesta hipótese, por razões humanitárias sob pena de violação dos Poderes constituídos.

2 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal foi instituído pela Lei nº 13.964/2019 ao acrescentar ao Código de Processo Penal o artigo 28-A estabelecendo que não sendo hipótese de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor Acordo de Não Persecução Penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Admite-se a viabilidade da persecução na medida em que se impõe que o investigado confesse circunstanciadamente a prática do delito, todavia, como predica Renato Brasileiro de Lima:

Nesse aspecto, o acordo diferencia-se de outros institutos de *Justiça negociada* existentes no nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, a transação penal e a suspensão condicional do processo, que não exigem a confissão. No entanto, à semelhança destes, a aceitação e cumprimento do acordo não causam reflexos na culpabilidade do investigado. Prova disso, aliás, é o teor do art. 28-A, § 12, do CPP, segundo o qual a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim de impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Vários são os fatores que justificaram a sua criação, originariamente pela Resolução n. 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19): a) a exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b)

priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.¹⁵

A natureza jurídica deste instituto tem sido aceita como negócio bilateral e discricionário e não pode ser imposto pelo Judiciário em caso de recusa do Ministério Público. Com esse entendimento, a 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou pedido de *habeas corpus* que pugnava pela abertura de vista ao Ministério Público para que se manifestasse acerca do cabimento de um acordo. Segundo o relator, Desembargador Xisto Rangel, caberia ao Ministério Público decidir se o acordo é necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.¹⁶

Não se trataria de direito subjetivo do acusado oportunizando-se ao juiz determinar a sua realização de ofício, o que suprimiria a sua nota de consenso entre o investigado e o órgão acusatório. Neste mesmo sentido, entende o doutrinador Renato Brasileiro de Lima ao considerar que:

Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não nos parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja o consenso.

De mais a mais, a privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público impede sua substituição pelo magistrado, mesmo que o investigado preencha os requisitos estabelecidos pelo art. 28-A do CPP. É dizer, a negativa de celebração do acordo não permite que o juiz das garantias o conceda substitutivamente à atuação ministerial, pena de afronta à estrutura acusatória do processo penal (CPP, art. 3º-A, *caput*). Destarte, como dispõe o próprio art. 28-A, §14, do CPP, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo

15 In: *Pacote Anticrime*. Comentários à Lei nº 13.964/1919 - Artigo por | Artigo. Salvador: JusPODIVM, 2020, p.218/219.

16 VIAPIANA, Tábata. *Convergência de vontades*: TJ-SP diz que Judiciário não pode impor acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-20/judiciario-nao-impor-acordo-nao-persecucao-penal-mp>. Acesso em: 24 maio 2020.

de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.¹⁷

Caberá ao juiz exercer o controle jurisdicional prévio à celebração do acordo de não persecução penal, notadamente sobre o seu cabimento e o conteúdo das condições avençadas, tendo assim estabelecido o § 4º do art. 28 do CPP: “para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.” De seu turno, o § 5º prescreve que: “se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.”

A aplicação do instituto, em vigor a partir de 23.01.2020, ainda é incipiente, não estando estabelecidas claramente as balizas para seu emprego, tampouco o momento processual para a elaboração do acordo, mas desde já se tem constatado que o uso da tecnologia vem permitindo que a Justiça Federal realize audiências para homologação do acordo de não persecução penal, notadamente durante o período de isolamento social provocado pela pandemia decorrente do COVID-19.¹⁸

Na esteira do § 13 do artigo 28-A do CPP, após cumprido integralmente o acordo, o juízo que homologou o acordo deverá decretar a extinção da punibilidade, sendo de nota que, na forma do § 6º do mencionado artigo, após homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

3 SEQUESTRO DE BENS/CONFISCO ALARGADO NO ÂMBITO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

O crime de lavagem de dinheiro está contido no art. 1º da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, dispositivo este alterado pela edição da Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012, que acabou por findar com uma lista fixa de crimes subjacentes, de molde que atualmente qualquer infração penal pode ensejar o reconhecimento de lavagem (ilação que deve ser compreendida

17 In: *Pacote Anticrime*: Comentários à Lei nº 13.964/1919 - Artigo por |Artigo. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 221.

18 AJUFE - Justiça Federal de Ponta Porã homologa, por videoconferência, acordo de não persecução penal com réu no exterior. Disponível em: <https://ajufe.org.br/imprensa/noticias-covid-19/13890-justica-federal-de-ponta-pora-homologa-por-videoconferencia-acordo-de-nao-persecucao-penal-com-reu-no-exterior>. Acesso em: 24 maio 2020.

em coerência com a aplicação dos postulados da *fragmentariedade* e da mínima intervenção do Direito Penal.

Classicamente, no delito de lavagem, identificam-se três fases da conduta, a bem saber: (a) ocultação, colocação ou *placement*: etapa em que se procura tirar a visibilidade dos bens adquiridos criminosamente; (b) controle, dissimulação ou *layering*: etapa em que se busca afastar o dinheiro de sua origem ilícita, dissimulando os vestígios de sua obtenção; e (c) integração ou *integration*: etapa em que o dinheiro ilícito reintegra-se na economia sob uma aparência de licitude. Soma-se a isto a fase de reciclagem ou *recycling* consistente no apagamento de todos os registros de fases anteriores concretizadas.

Destaque-se, ademais, que, para fins de consumação do delito, não há a necessidade da ocorrência das fases anteriormente indicadas, dispensando-se a comprovação de que os valores que foram ocultados, por exemplo, retornaram ao seu real proprietário (ainda que tal contexto possa ocorrer no mundo fenomênico) – sinteticamente, cada uma das etapas declinadas, isoladamente consideradas, tem o condão de configurar o crime de lavagem de dinheiro.

A teor da legislação afeta à lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998), mostra-se necessário que os bens lavados sejam decorrentes de um crime subjacente não necessariamente pretérito ou antecedente, cronologicamente falando. Em outras palavras, basta que o crime do qual decorre a lavagem seja a condição desta, que tenha uma antecedência lógica.

A propósito, o art. 1º da Lei nº 9.613/1998, ao estatuir que constitui o delito de lavagem “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, exige apenas a proveniência de que o patrimônio lavado seja oriundo de crime, mas não que este seja anterior àquele (anterioridade cronológica). Pode-se afirmar que sequer haveria a necessidade propriamente dita de que houvesse uma procedência estritamente cronológica, mas apenas jurídica, acerca do que se convencionou nominar *crime antecedente*, expressão que seria melhor compreendida, na realidade, por meio da locução *crime subjacente*.

Dentro de tal contexto passa-se ao exame, para além das disposições constantes do Código Penal, do regramento específico trazido à baila pelo art. 4º da Lei nº 9.613/1998 (na redação dada pela Lei nº 12.683/2012) para a finalidade de se verificar a possibilidade de se decretar o sequestro de bens, de direitos e de valores que estejam em nome de investigados que seriam instrumento, produto e/ou proveito de eventuais delitos subjacentes.

Assim, tem-se a possibilidade de perda, em favor da União Federal, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (medida assecuratória de sequestro – art. 126 do Código de Processo Penal e art. 4º da Lei nº 9.613/1998).

O ordenamento jurídico em vigor (por força da edição da Lei nº 12.694, de 24.07.2012) permite a perda, em favor da União Federal, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, o que pode ocorrer pelo importe equivalente quando o produto ou o proveito do crime não for encontrado (ou quando localizado no exterior), inferência passível de ser constatada pela dicção do art. 91 do Código Penal (especialmente de seus §§ 1º e 2º), a propósito:

Art. 91. São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º. Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º. Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

A alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.694/2012 decorreu das disposições sobre o tratamento de bens delineadas nas Convenções da Organização das Nações Unidas - ONU sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Viena, promulgada pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991), sobre o Crime Organizado Transnacional (Palermo, de 15 de novembro de 2000, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de setembro de 2003), e sobre Corrupção (Mérida, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), sendo tais consideradas marcos globais referenciais sobre o tema.

Nesse diapasão, o art. 5º, item 01, “a”, da Convenção de Viena, esclarece que:

Cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco: a) do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3,

ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto, bem como o seu item 2 testifica que cada Parte adotará também as medidas necessárias para permitir que suas autoridades competentes identifiquem, detectem e decretem a apreensão preventiva ou confisco do produto, dos bens, dos instrumentos ou de quaisquer outros elementos a que se refere o parágrafo 1 deste Artigo, com o objetivo de seu eventual confisco.

Por sua vez, os itens 02, 03 e 04 do art. 12 da Convenção de Palermo deixam assentado, respectivamente, que:

Os Estados Partes tomarão as medidas necessárias para permitir a identificação, a localização, o embargo ou a apreensão dos bens referidos no parágrafo 1 do presente Artigo, para efeitos de eventual confisco; se o produto do crime tiver sido convertido, total ou parcialmente, noutros bens, estes últimos podem ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, em substituição do referido produto e se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados.

A seu turno, o art. 31, item 05, da Convenção de Mérida, bem elucida que quando esse produto do delito “se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão.”

Também dentre as conhecidas Quarenta Recomendações do Grupo de Ação Financeira (*Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux - GAFI ou Financial Action Task Force on Money Laundering - FATF*), do qual o Brasil é integrante desde setembro de 1999, há expressa determinação da perda visando “adotar medidas para prevenir ou evitar atos que prejudiquem a capacidade do Estado para recuperar bens sujeitos à perda, obstando-se a transferência em cessão dos referidos bens apreendidos” e alcançando, inclusive, valores correspondentes ao montante lavado (Recomendação nº 04).

Nesse contexto, infere-se a plena possibilidade, com supedâneo tanto em convenções internalizadas no país como no próprio ordenamento pátrio, de que constrição destinada a fazer frente à obrigação de perda, em favor da União Federal, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso recaia sobre patrimônio até mesmo preexistente ao marco temporal tido como de perpetração da infração penal, o que é comumente conhecido

como sendo *medida assecuratória pelo equivalente*, expediente que encontra o beneplácito da jurisprudência tanto do C. Superior Tribunal de Justiça como de Cortes Regionais, a saber: “Ademais, a Lei 12.694/2012 alargou o espectro de incidência das medidas cautelares assecuratórias, ao inserir os §§ 1º e 2º do art. 91 do CP.”¹⁹

Assim, o sequestro pode abarcar bens ou valores de origem lícita, equivalentes ao produto ou proveito da infração, se estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior. Bem ainda merece destaque o seguinte julgado de lavra do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “É possível que o sequestro abranja bens ou valores lícitos do criminoso, como forma de compensação, quando não for possível localizar os bens ou valores desviados com a prática do ilícito, a teor do art. 91, §§ 1º e 2º, do Código Penal.”²⁰

A Lei Anticrime incluiu no Código Penal o artigo 91-A acrescentando como efeito da condenação irrecurável que possui como finalidade retirar do patrimônio do acusado valor que nele ingressou de forma espúria, ainda que de forma velada, denominado pela doutrina confisco alargado.

Admite-se “a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”. Isto significa a possibilidade de confisco de bens quando o condenado ostentar patrimônio incompatível com sua fonte lícita de bens e rendimentos, sem que haja a necessidade de haver vinculação do patrimônio com a efetiva prática delitiva, tendo assim lugar o confisco. Como testifica Renato Brasileiro de Lima:²¹

O confisco alargado não se confunde, portanto, com o confisco clássico (tradicional), nem tampouco com o subsidiário (ou por equivalência). Diversamente do confisco clássico previsto no art. 91, II, do CP, efeito genérico da condenação que recai sobre os instrumentos utilizados na prática delituosa e sobre todos aqueles bens que foram obtidos direta (produto) ou indiretamente (proveito) com a prática delituosa, no confisco por equivalência, a perda não fica restrita aos bens direta ou indiretamente vinculados ao delito. De fato, na eventualidade de tais bens não serem encontrados ou se localizarem no exterior, o Código Penal passa a admitir que o confisco recaia sobre outros bens

19 STJ, RMS 49.540/RS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22.09.2017.

20 TRF3, QUINTA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 60509 - 0013288-86.2014.4.03.6181, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 08.06.2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16.06.2015.

21 In: *Pacote Anticrime*: Comentários à Lei nº 13.964/1919 - Artigo por |Artigo. Salvador: JusPODIVM, 2020, p.40/41.

de propriedade do condenado, mesmo que de origem lícita, guardada, porém, uma relação de proporcionalidade com os valores dos bens originários.

[...]

Em sentido distinto, o confisco alargado permite ao Estado atingir todos os bens do criminoso que não sejam compatíveis com a sua renda lícita. Preenchidos os requisitos legais [...] e assegurados os direitos de terceiros, o art. 91-A, *caput*, do CP, incluído pela Lei n. 13.964/19, estabelece a possibilidade de a perda recair sobre os bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. É dizer, não há necessidade de a perda guardar qualquer relação de equivalência ou proporcionalidade com o produto ou proveito do crime (confisco clássico), nem tampouco que estes não sejam encontrados ou se localizem no exterior, como se exige no caso do confisco por equivalência.

Cumpra trazer à colação, outrossim, a regra disposta no art. 4º da Lei nº 9.613/1998 (na redação dada pela edição da Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012), aplicável especificamente em sede de situação configuradora de lavagem de dinheiro, segundo a qual:

Art. 4º. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1º. Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 2º. O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3º. Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o *caput* deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º.

§ 4º. Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

A despeito deste regramento específico pode ter incidência também a norma contida no artigo 133-A do Código Penal com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime) a saber:

O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

Esta inovação legislativa confere uma finalidade útil aos bens sequestrados, podendo ser utilizados provisoriamente pelos órgãos de persecução em suas precípuas atividades, desde que observados os princípios regentes da responsabilidade da administração na guarda e conservação de tais bens, e, na hipótese de uma sentença condenatória, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público então responsável por sua utilização (artigo 133-A, §4º, CPP).

4 DA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal, em seu Título IX e, especificamente, no Capítulo III, dispõe acerca da prisão preventiva, cabendo salientar que tal instituto foi reformulado por força da edição das Leis nºs 12.403, de 04 de maio de 2011, e 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei Anticrime).

Buscou-se estabelecer que a custódia cautelar deve ser interpretada e ser decretada apenas quando não cabível no caso concreto a sua substituição por qualquer outra medida (também de natureza cautelar) dentre aquelas elencadas no artigo 319 do Diploma Processual, ressaltando-se que o indeferimento da substituição mencionada deverá se dar de forma justificada,

fundamentada e individualizada (inteligência do artigo 282, § 6º, de indicado Código, na redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, referendadora de que a prisão cautelar deve ser compreendida como *ultima ratio*).

Dentro desse contexto, mostra-se adequada a esta modalidade de prisão quando os postulados que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) indicarem que a medida excepcional de constrição da liberdade antes da formação da culpa é imperiosa diante do caso concreto.

Por se revestir de natureza cautelar, a prisão preventiva somente poderá ser decretada caso presentes no caso concreto tanto o *fumus boni iuris* (chamado especificamente de *fumus commissi delicti*) como o *periculum in mora* (nominado especificamente de *periculum libertatis*), o que, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal (na redação decorrente da edição da Lei nº 13.964/2019), consistem na necessidade de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*) e no fato de que a segregação preventiva tenha como escopo a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*), ressaltando-se, ademais, a necessidade, nos dias presentes, da demonstração de que a liberdade da pessoa poderá gerar estado de perigo ao meio social.

Destacou o legislador, outrossim, que a prisão preventiva também poderá ser imposta em decorrência do descumprimento de quaisquer das medidas constantes do artigo 319 do Diploma Processual (conforme autorização expressa do § 1º do artigo 312 do Código de Processo Penal), bem como que a decisão que a decretar deverá conter motivação e fundamentação acerca do receio de perigo e da existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida (a teor do disposto no § 2º do artigo 312 do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo do exposto, ainda que concorrentes num caso concreto os pressupostos anteriormente listados (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessária para a decretação da preventiva que a infração penal imputada àquele que se objetiva encarcerar cautelarmente enquadre-se nos parâmetros trazidos pelo artigo 313 do Código de Processo Penal: (a) crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos; (b) agente já condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do artigo 64 do Código Penal; e (c) crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (independentemente do *quantum* de pena cominada).

Admite-se, ademais, a decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após sua identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida) - artigo 313, § 1º, do Diploma Processual Penal.

Por outro lado, a segregação cautelar ora em comento não será admitida quando tiver por finalidade exclusiva antecipar o cumprimento de pena ou for medida decorrente de forma imediata da existência de uma investigação criminal ou de apresentação/recebimento de denúncia (artigo 313, § 2º, do Código de Processo Penal).

Da mesma forma, conforme comando expresso do artigo 314 do Código de Processo Penal, incabível cogitar-se na segregação cautelar em análise se restar verificado pelo juiz, a teor das provas constantes dos autos, que o agente levou a efeito a infração escudado por uma das causas excludentes da ilicitude elencadas no artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Importante ser dito, ainda, que a privação de liberdade ora em exame pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou em sede de processo penal, a requerimento do órgão acusatório, do querelante, do assistente ou por representação da autoridade policial (artigo 311 do Código de Processo Penal), devendo a decisão que a decretar, a substituir por outras medidas cautelares ou a denegar ser sempre motivada e fundamentada (seja por força do que prevê o artigo 315 do Código Processual Penal, seja, principalmente, em razão do comando inserto no artigo 93, IX, da Constituição Federal).

Aliás, trouxe à tona o legislador (por meio da edição da Lei nº 13.964/2019) a necessidade de que o juiz, quando da motivação de qualquer medida cautelar (englobando, portanto, a custódia preventiva), indique concretamente a existência de fatos novos/contemporâneos que supedaneariam o expediente (artigo 315, § 1º, do Código de Processo Penal), não podendo ser considerada como fundamentada a decisão que: limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase do ato normativo (sem explicar a relação de pertinência com o caso concreto); empregar conceitos jurídicos indeterminados sem deduzir o motivo concreto de incidência ao caso concreto; invocar motivos genéricos e que, assim, poderiam justificar qualquer provimento judicial; não enfrentar os argumentos deduzidos que poderiam infirmar a conclusão do magistrado; limitar a invocar jurisprudência sem identificar o ponto de contato com o caso concreto; ou deixar de aplicar jurisprudência invocada pela parte sem explicar os

motivos de sua não aplicação ao caso concreto (artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal).

Consigne-se, ainda, que tal privação de liberdade deve ser analisada sempre com supedâneo na cláusula *rebus sic stantibus*, vale dizer, os pressupostos autorizadores da preventiva devem estar presentes no momento de sua decretação bem como ao longo do período de sua vigência. Nesse sentido, vide o artigo 316 do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Ademais, criou o legislador a obrigação de que a custódia cautelar preventiva seja revista pelo órgão judicante a cada 90 (noventa) dias com o desiderato de se analisar a manutenção de sua necessidade, mediante a prolação de nova decisão devidamente fundamentada, sob pena de a detenção tornar-se ilegal (parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal).

De acordo com o ordenamento processual penal vigente em nosso país, a custódia cautelar preventiva deve ser revista com o escopo de mantê-la ou de revogá-la à luz dos acontecimentos que se sucedem ao longo do período em que se encontra vigente. Da mesma forma, vige em nosso sistema regra segundo a qual, ainda que o pleito de prisão cautelar tenha sido refutado, a decisão judicial que assim deliberar somente fará coisa julgada no sentido formal, vale dizer, não alcança a imutabilidade decorrente da coisa julgada material a impossibilitar nova dedução da pretensão – em outras palavras, não é porque restou denegada a constrição de liberdade de dado investigado ou acusado diante de um determinado cenário fático-argumentativo que jamais se poderá apreciar outro requerimento de prisão cautelar (agora tendo como base outros fatos e outras considerações) tendo em vista justamente a inferência de que a decisão indeferitória pretérita apenas faz coisa julgada formal.

5 CONCLUSÃO

As alterações legislativas havidas nos institutos da Colaboração Premiada, do Sequestro de Bens, da Prisão Preventiva, bem ainda as inovações trazidas pelo Confisco Alargado e pelo Acordo de Não Persecução Penal, representam parcela das alterações legislativas veiculadas na denominada Lei Anticrime em vigor a partir de 23.01.2020.

O alcance das alterações e inovações ainda não pode ser devidamente mensurado e aquilutado dada a necessária construção jurisprudencial e doutrinária que se formará a partir da aplicação de tais institutos.

Espera-se que possam fazer face à criminalidade de competência federal, notadamente aquela havida no seio de organizações criminosas voltadas ao tráfico internacional de drogas, à lavagem de dinheiro, aos crimes contra a Administração, aos crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional.

Não há dúvidas de que o Brasil dispõe de instrumentos legislativos e políticas públicas para o enfrentamento destes crimes, notadamente pela coesão entre os órgãos de persecução penal, todavia, a engenharia criminosa com que o Poder Judiciário tem se deparado nas últimas décadas evidencia, por si só, a premente necessidade de ações que possam dar efetividade e consistência à atuação estatal.

Logo, as deficiências e vulnerabilidades até existentes devem ser corrigidas para que os órgãos de controle, fiscalização e persecução penal possam bem desenvolver seus misteres, já que hoje suas atuações não mais se compaginam com o emprego apenas das tradições técnicas de investigação.

REFERÊNCIAS

AJUFE - *Justiça Federal de Ponta Porã homologa, por videoconferência, acordo de não persecução penal com réu no exterior*. Disponível em: <https://ajufe.org.br/imprensa/noticias-covid-19/13890-justica-federal-de-ponta-pora-homologa-por-videoconferencia-acordo-de-nao-persecucao-penal-com-reu-no-exterior>. Acesso em: 24 maio 2020.

ANGELO, Tiago. *Colaboração Premiada*: Com base na lei “anticrime”, TRF-3 rejeita denúncia contra Lula e Frei Chico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/trf-rejeita-denuncia-ex-presidente-lula-frei-chico>. Acesso em: 24 maio 2020.

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada*: O novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: M. Mallet, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada*: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/1919* - Artigo por |Artigo. Salvador: JusPODIVM, 2020.

_____. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 7. ed. revisada, atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal – teoria, crítica e práxis*. 3. ed. revisada, ampliada e com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói: Impetus, 2005.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SOUZA, Renee do Ó. *Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

VIAPIANA, Tábata. *Convergência de vontades: TJ-SP diz que Judiciário não pode impor acordo de não persecução penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-20/judiciario-nao-impor-acordo-nao-persecucao-penal-mp>. Acesso em: 24 maio 2020.

TRANSAÇÕES EM PROCESSOS SANCIONATÓRIOS: ITINERÁRIOS E DESAFIOS

*TRANSACTIONS IN SANCTIONARY PROCESSES:
ITINERARIES AND CHALLENGES*

*Floriano de Azevedo Marques Neto
Doutor em Direito pela USP.*

Professor Titular de Direito Administrativo da USP. Diretor da FDUSP.

Rafael Vêras de Freitas

*Doutorando e Mestre em Direito da Regulação pela FGV. Professor do LLM em
Infraestrutura e Regulação da FGV.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Explorando a premissa: pressupostos para a corrupção na Administração pública; 2 Acordos substitutivos regulatórios e o seu regime jurídico; 2.1 Natureza jurídica dos acordos substitutivos 2.2 Requisitos jurídicos para a celebração de acordos substitutivos; 3 A regulação responsiva e os efeitos dos acordos substitutivos no combate à corrupção; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente ensaio é o de investigar a contribuição da arquitetura dos acordos substitutivos no combate à corrupção. Cuida-se de objeto de pesquisa que se justifica, considerando que o tema voltou à agenda de pesquisa do direito brasileiro, por ocasião da consagração legislativa de instrumentos de consenso, no âmbito do exercício do poder extroverso, notadamente com o advento do art. 26 da LINDB.

PALAVRAS-CHAVE: Combate à Corrupção. Consenso. Acordos Substitutivos. Regulação Responsiva.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to investigate the contribution of the architecture of the replacement agreements to the fight against corruption. It is an object of research that is justified, considering that the subject has returned to the research agenda of Brazilian law, on the occasion of the legislative consecration of instruments of consensus in the scope of the exercise of extroverse power, notably with the advent of art. 26 of LINDB.

KEYWORDS: Fight Corruption. Consensus. Substitute Agreements. Responsive Regulation.

INTRODUÇÃO

A corrupção não é um tema novo Brasil. Nada mais consentâneo com a arquitetura histórica de uma nação que se desenvolveu a partir do Estado (como um legado da colonização portuguesa), e não pelo desenvolvimento de um espaço privado. Nesse contexto, a saliência do aparato burocrático colonizador importou no entendimento sobranceiro de acordo com o qual a relação com a realeza pressupunha uma relação visceral de adulação, de beneplácito para os mais aquinhoados.

Assim é que, como dá conta Raymundo Faoro¹, no âmbito da organização administrativa do Brasil colônia, já se vislumbrava condutas corruptivas, de apaniguamento das classes mais abastadas, da concessão de prebendas². Assim se passou, por exemplo, na relação da coroa com os capitães donatários. É que, como ela, sozinha, não tinha condições de ocupar o solo brasileiro, se valia de tais agentes para tal mister, que, em contrapartida, tinham, dentre outros, os poderes exorbitantes de fundar cidades e de influenciar o resultado de eleições. Não foi por outra razão que, desde a Constituição do Império de 1824, já se previa (em seus arts. 133, 134 e 135) a possibilidade da responsabilização dos Ministros de Estado, por dissipação de bens públicos, peita, suborno ou concussão. De tão arraigada na estrutura burocrática brasileira, chegou-se a cogitar que tal vicissitude tenha se alastrado e se incorporado ao cabedal cultural da sociedade brasileira, por intermédio do que se convencionou chamar de “jeitinho brasileiro”³. Cuida-se de uma mazela que se propaga, de forma exponencial, para todo aparato burocrático.

Nesse quadrante, como da conta profícua pesquisa de Rogério Gesta Leal⁴, desde o final do regime militar brasileiro, tem aumentado, em muito, os casos de corrupção vindo a público, dentre os quais, destaca: o Caso Capemi, chamado escândalo da Mandioca (1979 e 1981); o Caso Coroa Brastel (1985), escândalo do Ministério das Comunicações, envolvendo um grande número de concessões de rádios e TVs para políticos aliados, ou não, a José Sarney, concedidas em troca de cargos, votos ou apoio ao presidente; a CPI da Corrupção (1988); na década de 1990, com o escândalo do INSS, o caso Collor de Melo e PC Farias; o escândalo da VASP, que resultou na criação do Centro Federal de Inteligência (CFI), na qualidade da primeira Medida Provisória do governo Itamar Franco para

1 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1987.6

2 SAMPAIO, Aluysio. *Brasil, síntese da evolução social*. São Paulo: Hucitec, 1974.

3 BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro – a arte de ser mais igual que os outros*. 10. ed. São Paulo: Campus, 1992.

4 LEAL, Rogério Gesta. Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, p. 3157, jul./ago. 2012.

combater corrupção em todas as esferas do governo federal (1992). E, mais recentemente, destaco o que se convencionou designar como mensalão (2005), assim considerado como um esquema de corrupção que serviu à compra de manifestações parlamentares e os achados da operação lava jato (que teve início nos idos de 2014), a qual foi capitaneada, pela Polícia, pelo Ministério Público e pela Justiça Federal, tendo como epicentro as principais empreiteiras do país.

De lá para cá, o fenômeno da corrupção se alastrou proporcionalmente aos normativos que foram editados para lhe combater. Nos últimos anos, vimos assistindo o desenvolvimento de um “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”⁵. Ele é composto, dentre outros, pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei nº 8.666/1993); pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); pelos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública, pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e, mais recentemente, pela Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Tais diplomas, na sua maioria, resultaram de manifestações legislativas expeditas, provocadas pela pressão popular (uma espécie de “voluntarismo normativo”, por assim dizer)⁶.

Nada obstante essa profusão normativa, a corrupção continuou a produzir resultados alarmantes. Como dá conta estudo da Federação das Indústrias de São Paulo – FIESP, estima-se que o custo médio da corrupção, no Brasil, varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que importa num dispêndio de R\$ 50,8 bilhões a R\$ 84,5 bilhões, por ano. Cuida-se de um fenômeno que, para além de propiciar a apropriação privada de recursos públicos, produz impactos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direito fundamentais de que o País tanto carece – como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação, moradia, dentre tantos outros.

Nesse contexto, o presente ensaio parte de uma premissa um pouco radical, mas que não pode deixar de ser considerada. É dizer, o presente artigo tem como uma de suas premissas o fato de que o Direito Administrativo, tal como praticamos hoje no Brasil, longe de ser um instrumento para coibir a corrupção, tem servido como um facilitador

5 V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; 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.

6 Cuida-se de preocupação transnacional, como se extrai dos seguintes normativos: Foreign Corrupt Practices Act (FCPA); o UK Bribery Act; a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

da improbidade, criando, na gestão pública, um ambiente favorável às práticas corruptas.

É, justamente, na contramão desse racional, que se inserem os acordos substitutivos. Cuida-se um instrumento que, por ser pautado pelo consenso, reduz os incentivos para a prática corruptivas. Para tanto, o texto seguirá o seguinte itinerário. Num primeiro momento, pretende-se explorar quais são os pressupostos para o fomento da corrupção provocado pela arquitetura institucional do Direito Administrativo. Num segundo momento, o texto irá perpassar pelas principais características dos acordos substitutivos sancionatórios. E, num terceiro momento, pretende-se apontar os efeitos prospectivos dessa espécie de acordo no combate à corrupção.

1 EXPLORANDO A PREMISSA: PRESSUPOSTOS PARA A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prática da corrupção pressupõe, ao menos, a existência: de um lado, de um agente público dotado de competência para produzir atos e decisões administrativas. E, de outro, de agentes privados que tem seus interesses, diretamente, afetados pela manifestação da vontade administrativa. Atos de consentimento de polícia são produzidos (como, por intermédio da expedição de licenças e de autorizações); autos de infração são expedidos, materializando o exercício do poder extroverso; objetos contratuais são adjudicados a particulares, que se sagram vencedores em procedimentos licitatórios. De fato, diuturnamente, é praticada uma miríade de atos da Administração Pública que criam relações de interdependência público-privada.

Acontece que, como é de conhecimento convencional, nem todos os atos da Administração Pública guardam uma tipologia cerrada. E é bom que assim seja. Porém, a sua extrema fluidez, por vezes, poderá importar no arbítrio. De fato, com lastro nos vetustos conceitos jurídicos indeterminados da “conveniência” e da “oportunidade” (que integram o mérito administrativo⁷), abriu-se uma margem relevante para o agente público decidir, ou não, definir o quando, o quanto e arbitrar, unilateralmente, beneficiários e onerados.

Assim é que, como já asseverava José Cretella Junior⁸, “são os administradores Juízes absolutos da oportunidade e da conveniência, servos incondicionais da legalidade, contra a qual não têm a possibilidade

7 FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, p. 189.

8 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 220-221.

de rebelar-se, orientam-se na direção do interesse público, que procuram efetivar”. Mais que isso, não se construiu uma racionalidade decisória – salvo algumas exceções dignas de nota⁹ – que permeasse as decisões administrativas.

Cuida-se de um contexto de ampliação da discricionariedade administrativa que só se salientou com o exercício da função regulatória. Isto por que, malgrado os inegáveis benefícios trazidos por uma função neutra e equidistante dos interesses enredados em determinado subsistema jurídico, fato é que decisões apoiadas em tecnicismos burocráticos (quando impermeáveis à participação popular) podem enveredar para provimentos administrativos irrazoáveis¹⁰, fomentadores de práticas corruptivas. E, por certo, quando maior for o impacto econômico das intervenções, maior a probabilidade do devir de atos de corrupção.

Assim é que, blindada por aspectos reservados à Administração¹¹, se criou um cenário no qual os atos administrativos se viram imunes ao controle, seja ele interno, externo ou social. Nesse quadrante, se alastrou o entendimento segundo o qual, em respeito à separação de Poderes (consagrada no art. 2º da CRFB), o controle a propósito das decisões da Administração Pública deveria se circunscrever aos aspectos formais e de legalidade¹² de seus atos. Seguiu daí a baixa incidência de mecanismo de *enforcement* sobre o agir do agente público. De modo que uma opção de agir ou de não agir fosse imune ao controle. Daí que, na prática, essa imunidade deixa os particulares que se relacionam com o Poder Público sem opções para exigir a prática de condutas pelos agentes públicos. Mais que isso, fomenta o comportamento venal pelos particulares para contornar a inércia estatal.

Cuida-se de uma situação que só restou agravada, com uma certa distorção da ideia de reserva legal. O princípio da legalidade, base do Estado de Direito, prediz que a coação da liberdade do indivíduo só é admitida quando vertida por lei (*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei*). Como no Estado Moderno só o poder público é legitimado para coatar liberdades (em termos weberianos, exercer o monopólio da violência legítima), a legalidade impede que o Estado coate liberdades sem que a lei o autorize.

9 FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014

10 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 6992, jan./mar. 2003.

11 CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da administração e separação de poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 596.)

12 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, abr. 2002.

Ocorre, porém, como expliquei em outra oportunidade¹³, ao longo do tempo foi havendo uma apropriação da legalidade estrita pelo administrador, transformando-o de princípio-garantia ao administrado em princípio-reforço ao detentor do poder: só faço aquilo que a lei expressamente me mandar fazer, fora isso, eu, detentor do poder, sou livre pra fazer ou deixar de fazer o que bem me apetece. Uma distorção brutal, docemente incorporada pela doutrina, É que, dentro do contexto de um Estado liberal, tornou-se quase um mantra a afirmação de acordo com a qual, enquanto para os particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, para a Administração, só é facultado fazer aquilo que a lei expressamente autoriza – nos quadrantes da legalidade administrativa (como se extrai da interpretação dos art. 5, II e 37, *caput*, da CRFB). Nada obstante, se, de um lado, no que toca aos atos constritivos (que imponham obrigações de fazer e de não fazer), o adágio da legalidade administrativa serve como uma proteção aos administrados, de outro, ele pode servir para que a Administração Pública se esquive de prestar os seus cometimentos (uma espécie de “inação legalizada”, por assim dizer).

E isso, uma vez mais, coloca os particulares em uma relação de impotência face à inércia estatal. Nesse cenário, o *modus operandi* estatal – não sem contar com o beneplácito do ordenamento jurídico – serve, uma vez mais, como um dos principais móveis para a práticas corruptas. Afinal, não é preciso de grandes inferências para se concluir que os particulares, sem conseguir impulsionar a burocracia, ou, pior, tendo os seus interesses deixados ao alvedrio do agente público, terão incentivos para pautar essa relação público-privada, por intermédio de atos pouco ortodoxos, à margem da legalidade.

Assim é que, como o Direito Administrativo é o ramo do direito que disciplina a ação estatal, e, por conseguinte a relação entre o público privado, ele será central para coibir ou incentivar a corrupção. No caso brasileiro, tal como ele é posto e aplicado, vem servindo de instrumental para esse fenômeno. É que, como é sabido, no contexto oitocentista, a Administração Pública exercia o seu mister, por intermédio de atos administrativos unilaterais, imperativos, sob a observância cega aos princípios da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público. Nesse contexto, o exercício do poder extroverso estatal era dotado pelas características da discricionariedade (podendo ser exercida sob critérios de conveniência e oportunidade), da autoexecutoriedade (prescindindo, pois, a Administração Pública da interveniência do Poder Judiciário para o seu exercício) e da coercitividade (pelo que poderia ser imposta aos particulares, independentemente de sua anuência).

13 Ver meu A Bipolaridade do direito administrativo e sua superação, p. 399 e ss.

De fato, desde a consagração da *puissance publique*, Maurice Hauriou¹⁴ à frente, que as prerrogativas públicas (da qual o poder extroverso é um exemplo) são poderes instrumentais conferidos à Administração Pública para viabilizar a realização de atividades veiculadoras de interesses públicos. Em resumo, como bem diagnosticado por Juliana Bonarcosi de Palma,¹⁵ de acordo com tal vertente (do regime jurídico-administrativo), as prerrogativas públicas teriam a finalidade de: (i) satisfazer o dever de tutela do interesse público; (ii) reafirmar a posição de supremacia do interesse público sobre o privado; (iii) viabilizar a consecução de seus fins, de forma eficiente.

Nada obstante, no Brasil, o direito administrativo caminhou na firme trilha para uma inflexão autoritária, notadamente, por intermédio do deslocamento do eixo da sua *função instrumental (funcional)* para a sua *função estrutural*. É dizer, o eixo do direito administrativo, ao longo dos anos, pendeu de um viés *ex parte populi* para uma vertente *ex parte príncipe*.

Explico. Como é de conhecimento convencional, há duas maneiras de conceber o direito administrativo. A primeira delas tem por desiderato investigar a estrutura da administração, na qual se investiga os instrumentos de que dispõe o Estado para dar concretude às suas funções, seus poderes e prerrogativas exorbitantes (órgãos e funções intestinas do aparelho burocrático). De outro lado, o direito administrativo tem uma segunda vertente de investigar o funcionamento do estado, diante da qual são enredadas as suas obrigações, responsabilidades e seus cometimentos em prol do cidadão. Em termos objetivos: sob a vertente *ex parte príncipe* o poder estatal é exercido com lastro em um poder soberano estatal, figurando o particular na condição de “súdito” do poder; de outra banda, na vertente *ex parte populi*, num contexto de consagração de um Estado Social, o estado desce de seu pedestal, pois que lhe é cometido um plexo de obrigações em face não de um “súdito”, mas de um “administrado”, de um cidadão, prenhe de direitos fundamentais, a ser garantidos pelo Poder Público¹⁶.

Acontece que o direito administrativo se transformou no “direito da administração”, e não “no direito do administrado”. De instrumento, as exorbitâncias decorrentes do regime jurídico-administrativo se transformaram em prerrogativas, pela produção de atos administrativos formados ao interno da burocracia. Nesse quadrante, como já tive a oportunidade de asseverar, a construção do conceito de ato administrativo teve apoio na ideia de autoridade, momento no qual se conferia pouca

14 Cf. HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4ème éd. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. VII.

15 PALMA, Juliana Bonarcosi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 56.

16 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*, 399.

importância ao administrado, posto que a sua relação com a Administração Pública era pautada por um viés de subordinação, verticalizada¹⁷.

Assim é que, diante desse direito administrativo *ex parte príncipe*, centrado na figura do ato administrativo, no qual vigora uma baixa processualidade administrativa, forjou-se um ambiente propício aos encontros furtivos entre agentes públicos e privados. De fato, à medida que, segundo esse viés, todo ato estatal parte da premissa de uma emulação da autoridade, que apresenta a vontade do Estado (e não a representa à luz da Teoria do Órgão), por intermédio de atos que, a despeito de modificarem relações exógenas ao aparato estatal, tem a sua processualização intestina, tenho que, por mais essa razão, o regime jurídico-administrativo, tal como apregoado pela doutrina juspublicista de outrora, é fomentador de práticas corruptivas.

Cuida-se de um cenário que se propaga a passos largos, pois que, para além da vicissitude da baixa processualidade decorrente da emulação da autoridade, a formação do ato administrativo é caudatária de uma premissa que, até os dias de hoje, parece ser, para os agentes públicos, inarredável: a de que existiria um “sagrado” princípio da supremacia do interesse público. De acordo com tal premissa, a supremacia do interesse público¹⁸ – decorrente do regime jurídico-administrativo – impor-se-ia sempre uma preeminência, uma sobressalência, dos interesses do poder público sobre o privado, independentemente de qualquer verificação contextual. Nesse cenário, a falsa supremacia do interesse público sobre o privado acaba servindo como um salvo conduto da autoridade. E, mais que isso, serve de móvel para o arbítrio, para o qual a corrupção funciona como um amargo, porém eficaz remédio.

Explico. A corrupção pode ser reduzida a uma operação de mercado. De um lado há o fornecedor do “produto” provimento de atos comissivos ou omissivos do poder extroverso. De outro o “consumidor” privado, que demanda destes atos ou não-atos para poder exercer sua liberdade (na seara econômica, mas não só, como demonstra a corrupção do meliante pego em ilícito para não ser arrestado pela autoridade policial). Quanto maior e mais discricionário, quando mais extroverso for o exercício da autoridade, quanto

17 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-113.

18 Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62. No mesmo sentido, OSÓRIO, Fabio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro ?”. In: RDA, 220: 69-107; BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução ?”. In: Revista Interesse Público nº 37, p. 29-48; BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público”. In: *prefácio ao livro Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

mais inoponível for este agir ou não agir, quanto maior for a liberdade para dizer o que é a tal (e por definição inoponível) supremacia do interesse escolhido, maior valor terá esta “mercadoria” provimento estatal, pois a oferta é monopólio do agente público e maior será a demanda. Note-se que o Judiciário, grandemente aderente à supremacia, ideologicamente vinculado à ideia de supremacia do interesse público e de que o Estado é o locus da virtude em si, não só reforça o “preço” da obtenção “direta” do provimento estatal, sem possibilidade de coibição do comportamento irrazoavelmente contrário às necessidades do particular.

De outro lado, quanto mais dependente do provimento estatal estiver o particular, maior será a disposição a “pagar” o preço (vantagem) com o qual se obtém o ato ou a omissão. Se houver impeditivos morais de parte a parte, a relação de troca será obstada. Mas se estes controles morais (ou o temor da consequência jurídica repressiva) for túbio, quanto mais extroverso, mais inoponível e menos vinculado for o agir do poder público mais o privado estará impelido a descambar para a corrupção. Neste sentido o Direito Administrativo que construímos no último século constitui um tipo de *nudge* perverso e efetivo para a corrupção estrutural do nosso Estado patrimonialista raiz.

Com a melhor das boas intenções e propósitos, o Direito Administrativo baseado na emulação da autoridade acabou por reforçar o ágar do Estado Patrimonial e arar o terreno já fértil em que se semeia a corrupção.

2 ACORDOS SUBSTITUTIVOS REGULATÓRIOS E O SEU REGIME JURÍDICO

O crescimento dos espaços conferidos no Direito administrativo podem servir de vetor para alterar este estado de coisas. Como já se teve a oportunidade de asseverar com Juliana Bonacorsi de Palma¹⁹, o poder público dispõe de uma miríade de modelos de acordos dos quais se pode valer no seu atuar. Para o que aqui importa, é de se destacar os acordos integrativos, os acordos substitutivos e os acordos complementação. Os *acordos integrativos* têm por desiderato viabilizar a edição de um ato administrativo unilateral, de modo mais harmônico, com as necessidades do caso concreto ou com as características de seu destinatário. Assim é que, nessa modalidade, há a negociação do conteúdo do ato unilateral com

19 Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf.

os particulares. Os *acordos complementação*, por sua vez, têm por desiderato complementar, por meio do consenso, o ato administrativo final que será produzido. Os acordos substitutivos, por sua vez, são vocacionados à substituição do processo administrativo sancionador, ou da própria sanção, a depender do regime jurídico previsto em lei.

É disso que se está aqui a tratar. Muito já se questionou a juridicidade da celebração de tais acordos, quando inexistente autorização normativa prévia específica. Tenho que sempre se tratou de controvérsia descabida, considerando o disposto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.345/1985, que autoriza que autarquias (que é gênero, do qual são espécies as agências reguladoras) celebrem tal modalidade de acordo, desde que tenha suas finalidades vocacionadas a tutelar os valores protegidos pela Lei da Ação Civil Pública. Mas não só, para além de tal permissivo genérico previsto na LAC, no âmbito da regulação setorial, as leis-quadro, em razão da sua baixa densidade normativa, deslegalizam o que é ou não punível para a normatização de segundo grau.

A segunda ordem de questionamentos que se esvaem com a celebração de acordos substitutivos é o (e em vias de superação) entendimento de acordo com o qual a chamada “supremacia do interesse público” interditaria a disponibilidade do procedimento administrativo sancionador e do valor da multa dele decorrente. Tal entendimento não nos parece o melhor. Para além de o chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade um valor metodológico) não ter previsão normativa, como já se teve a oportunidade de asseverar²⁰, o princípio da supremacia do interesse público deve ser aprofundado, de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.

Some-se a isso o fato de que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a última *ratio*. É que, como já se teve a oportunidade de asseverar “dessa constatação parte outra de que a sanção não é um fim em si, mas sim um dos meios – e não o único – para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor²¹.”

20 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Biblioteca Digital *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, nesse particular, a sanção só será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta. Ademais, é de ressaltar que a função polícia administrativa não deve ser orientada por um viés arrecadatário; se o for, produzirá um ato administrativo maculado pela pecha do desvio de finalidade. De fato, seria absurdo trazer à baila raciocínio lastreado em perda ou ganho econômico em decorrência da celebração de acordo substitutivo. É evidente que essa preocupação não é legítima aos olhos da pauta regulatória, a ser observada e ponderada pelo órgão regulador, quando de sua escolha com relação ao acordo. Assentada, pois, a legitimidade desses instrumentos, no próximo item, serão investigados os principais característicos do seu regime jurídico.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Para o que aqui importa, é de se investigar a natureza jurídica dessa espécie de acordo. Consoante um primeiro entendimento, tais acordos teriam natureza jurídica de negócios jurídicos bilaterais do direito privado, mais precisamente, como uma forma *sui generis* da transação prevista no art. 840 do Código Civil²².

Já, para um segundo entendimento, “o ajustamento de conduta responde satisfatoriamente à natureza jurídica de contrato administrativo típico²³”. E, para um terceiro entendimento, capitaneado por Vasco Dias Pereira da Silva²⁴, nem mesmo seria necessária a criação de uma nova categoria de ato administrativo, uma vez que os acordos celebrados pela administração não poriam em causa a sua natureza essencialmente unilateral. No entendimento do autor, “a fonte de validade (e de eficácia) de tais decisões não é o consenso das partes, mas a manifestação de vontade unilateral da Administração, independentemente de se saber se as autoridades administrativas e os particulares se puseram ou não previamente de acordo acerca do seu conteúdo (em parte, ou no todo).

A natureza de negócio jurídico privado não se coadunaria com um instrumento que veicula a substituição do exercício do poder extroverso por uma entidade com personalidade jurídica de direito público. Do mesmo

22 NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 p. 156.

23 FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-78.

24 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 474. No mesmo sentido, KATO, Mariana Almeida. Os acordos substitutivos o termo de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, p. 101-105, abr. 2018.

modo, o ainda vigente regime jurídico único dos contratos administrativos, com as exorbitâncias que lhe são salientes, mostra-se incompatível com a natureza negocial dos acordos substitutivos²⁵. Daí por que tenho que os acordos substitutivos têm natureza jurídica de negócio jurídico processual, mas que produz externalidades exógenas.

É dizer, de um negócio processualizado, permeado pelo consenso, que deve ser praticado com base em juízos pragmáticos e prospectivos. Todo esse racional veio a ser consagrado pelo art. 26 da LINDB, de acordo com o qual “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação *contenciosa na aplicação do direito público*, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, *celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial*”. A isso voltarei doravante. No próximo item, porém, apresentarei os requisitos mínimos à sua celebração.

2.2 REQUISITOS JURÍDICOS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Os acordos substitutivos receberam um tratamento jurídico global pelo art. 26 da Lei nº 13.655/2018. Antes, no âmbito do Sistema Brasileiro da Concorrência, com um racional similar, tem lugar o compromisso de cessação de conduta violadora da ordem econômica (art. 85 da Lei nº 12.529/2011) e, na seara ambiental, o compromisso de cessação de infrações ambientais (art. 79-A da Lei nº 9.605/1998).

Nada obstante, temos a eficácia de tais acordos devem deferência a alguns quadrantes. O primeiro deles é o de que do compromissário não poderá ser exigida a confissão da prática do ato violador do ordenamento

25 O qual já tive a oportunidade de qualificar como uma “Maldição”. “Tal maldição teve lugar por intermédio da tentativa de, a partir da apartação entre Direito Público e Direito Privado, atribuir a todos os institutos do Direito Público um regime jurídico único, pautado na ideia de supremacia do interesse público. Isso se deu: (i) em razão de uma necessidade metodológica, que tem de ver com a afirmação do Direito Administrativo, bem como da necessidade vivida no fim do século XIX de demarcar seus lindes em relação a outros ramos do direito; (ii) em decorrência da influência do Direito Administrativo Francês, em que a segregação entre o regime comum e administrativo era necessária à dualidade de jurisdição; e (iii) em razão da influência corporativa das mais distintas origens e propósitos, que sempre tendem a unificar o tratamento jurídico dos institutos e a rejeitar modificações de regimes” (MARQUES NETO, Florianio Peixoto de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. Governet. Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, p. 726-732, 2010). Desmistificando também tal característica, v. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo no Brasil*: aspectos críticos da teoria e da prática. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012. HEINEN, Juliano. Contratos administrativos na União Europeia e no Brasil: uma questão contemporânea comum. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 276, set./dez. 2017.

jurídico, mas, tão somente, a adequação de sua conduta aos ditames fixados pela Administração Pública – do contrário, restariam violados os ditames da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CRFB) e da interdição da autoincriminação (previsto no art. 5º, LXIII, da CRFB e na Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário).

O segundo diz com a necessidade do estabelecimento de um efetivo procedimento de negociação entre as partes, de modo que o particular possa, efetivamente, participar da formação do ato consensual de polícia, interditando-se atos administrativos de adesão, nos quais o concurso de vontades seja um simulacro. O terceiro, de que todas as entidades que possam ter competência para exercício do poder extroverso sobre as atividades exercidas pelos compromissários lhe devam deferência, sob pena de tal ajuste restar inviabilizado por conta de sua instabilidade – como ficou decidido, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no Mandado de Segurança nº 35.435, a propósito da possibilidade de revisão de Acordo de Leniência pelo Tribunal de Contas da União-TCU.

Para além disso, o §1º, I, do art. 26 da Lei nº 13.655/2018 prevê que os referidos compromissos deverão buscar a “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”. A lógica de tal prescrição é a de que a obrigação veiculada por intermédio do compromisso não poderá ser superior à sanção cogitada em sede de processo administrativo sancionador; tudo sob a orientação de se privilegiar a solução que deve ser endereçada no caso concreto. Assim, por exemplo, não será lícita a celebração de um acordo substitutivo por um concessionário de serviço público que veiculasse uma obrigação de investimento maior do que a penalidade de multa que lhe seria imposta, ou já constante no rol de obrigações de investimentos do módulo concessório.

O §1º, III, art. 26 da Lei nº 13.655/2018, por sua vez, prescreve que tal compromisso “não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”. Cuida-se de uma salutar limitação objetiva à celebração de tal compromisso. Uma espécie de *check and balances*, por assim dizer, de tais compromissos. Segue daí que o seu racional é o de evitar desvios de finalidade na sua celebração, o que, ao fim e ao cabo, preservará a segurança jurídica na celebração de tal instrumento, finalidade primeira da Lei nº 13.655/2018. Assim, por exemplo, não será lícito que um acordo substitutivo preveja que o concessionário de um serviço público estaria desobrigado de prestar um “serviço adequado” aos usuários (na forma do art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995).

Por fim, o §1º, IV, do art. 26 da Lei nº 13.655/2018 prescreve que tal compromisso “deverá prever, com clareza, as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”. Cuida-se de preceito que tem de ver com a eficácia e com a exequibilidade do referido instrumento. Com a eficácia, na medida em que, sem o cuidado redacional com as obrigações que serão estipuladas para os compromitentes, o pacto negocial poderá restar esvaziado. Com a exequibilidade, porquanto a ausência de uma previsão de comando-sanção, ainda que num instrumento negocial, poderá gerar incentivos para que as partes o descumpram. Ambas, uma vez mais, têm por escopo a preservação da segurança jurídica do referido instrumento.

Nada obstante, tais instrumentos produzem efeitos mais abrangentes, pois que podem melhorar o arcabouço institucional de combate à corrupção, como será exposto no último e derradeiro item deste ensaio.

3 A REGULAÇÃO RESPONSIVA E OS EFEITOS DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Como dito, em regra, a arquitetura institucional, tal como posta no direito administrativo brasileiro, sugere a criação de incentivos à prática de atos de corrupção. Esse cenário poderá ser abrandado pela consagração efetiva dos acordos substitutivos. E isso, por, ao menos, três ordens de razão. A primeira porque o poder público terá menores custos para inibir o ilícito, já que a suspensão ou a alteração da conduta contará com a aquiescência do compromissário. A segunda, pois que, como a conduta é voluntária, à luz da lógica dos incentivos, o compromissário tende a lhe prestar deferência. E a terceira, porque põe às claras a celebração de acordos entre o público e o privado, os quais, a despeito de lícitos, muita vez, tinham de ser celebrados às escondidas.

Trata-se de tendências ainda mais reforçadas pelo advento da função reguladora (no bojo de um movimento de ascensão da consensualidade), no qual a sanção administrativa passa a ter como objetivo conformar a conduta do administrado a determinada pauta regulatória²⁶. Punir é apenas uma das formas de disciplinar. Porém, uma forma vetusta, custosa e pouco eficiente— como já demonstrado, em diversos estudos empíricos²⁷.

Assim é que, nos quadrantes da processualização dos interesses enredados em um setor regulado, a sanção não poderá desconsiderar seus efeitos para o setor regulado. Razão pela qual tal faceta do poder

26 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

27 Acórdão nº 1.817/2010-TCU-Plenário e Acórdão nº 482/2012-TCU-Plenário.

extroverso deverá ser exercida, por intermédio de um sistema de incentivos, do qual o acordo substitutivo é um exemplo saliente. Isto porque a lógica da sanção redistributiva, pautada em um viés, tão somente, retrospectivo (*backward-looking*), será insuficiente. Mais que isso, a aplicação de sanções administrativas, com um viés microscópico, desconsiderando a prospecção de suas consequências (*forward-looking*), sugere a produção de efeitos negativos sistêmicos.

Daí a importância da celebração de acordos substitutivos, na qualidade de uma ferramenta na qual o *enforcement* passa a conviver, harmonicamente, com a *soft regulation*. É dizer, no qual o exercício do poder extroverso unilateral cede espaço para criação de incentivos para colaboração entre as partes. De fato, a ideia é formatar acordos substitutivos nos quais a conduta de cooperar deva ser mais vantajosa para ambas as partes. Dito em outros termos, no âmbito de um acordo substitutivo, se o agente econômico for oportunista, caberá ao regulador lhe aplicar reprimendas; de outro lado, se o regulador for oportunista, ao agente econômico caberá adotar condutas evasivas ao cumprimento da regulação²⁸.

Cuida-se de um esquema regulatório *tit-for-tat*, que considera a conduta das partes e os aspectos institucionais, no bojo de processos administrativos sancionadores. De acordo com esse modelo de sanção reguladora, as partes (regulador e concessionária) seriam jogadores, que teriam o desiderato de reduzir os seus custos: o regulador teria o interesse em incrementar o cumprimento da regulação, ao passo que os concessionários teriam o interesse de precificar o cumprimento da regulação²⁹. Em resumo, os acordos substitutivos revelam-se com uma das faces de uma regulação responsiva, implementada, por meio de pirâmides regulatórias, que são formadas por uma gradação de medidas de *enforcement*³⁰, nos moldes sugerido por Ayres e Braithwaite:

28 VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 143

29 BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974

30 AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992. Sobre o tema, No Direito brasileiro, V



Figura 1 – Pirâmide Regulatória (AYRES e BRAITHWAITE, 1992 – pg. 35)

Diante desse racional, o regulador deveria primar pela tentativa de celebração de acordos substitutivos com os agentes privados. Caso o regulado se negue a celebrar ou o venha descomprimir, seria legítima uma escalada punitiva, com base no princípio da proporcionalidade. Trata-se, na ponta, de uma arquitetura institucional que pode reduzir a prática de atos de corrupção, seja por que se reduz a discricionariedade do poder público na aplicação de sanções, seja por que o sistema sancionatório passa a ser pautado por um viés de cooperação, diante do qual não se apresenta mais necessário corromper para se participar da formação da vontade administrativa.

4 CONCLUSÕES

Não se pode desconsiderar o papel das instituições na produção de eficiências. Mais que isso, como nos lembra Douglas North³¹, será, por intermédio de desenhos institucionais, que serão criados melhores sistemas de incentivos. É o que se pode depreender deste ensaio. A arquitetura do exercício do poder extroverso, no direito administrativo brasileiro, serviu de instrumento para a prática de atos de corrupção, especialmente pelos seus vieses da unilateralidade e discricionariedade.

31 NORTH, Douglas Institutions, *institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Nesse quadrante, releva-se a importância dos acordos substitutivos, por se tratar de um dos instrumentos da regulação responsiva, com um viés prospectivo, por intermédio da qual é criado um sistema de incentivos de cooperação entre as partes. Assim é que, se há colaboração e uma vinculação a um devido processo sancionador, perde-se a utilidade de se corromper.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992. Sobre o tema, No Direito brasileiro, V

BARBOSA, Lúvia. *O jeitinho brasileiro – a arte de ser mais igual que os outros*. 10. ed. São Paulo: Campus, 1992).

BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público”. In: prefácio ao livro *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da administração e separação de poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 596.)

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 220-221.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, p. 189.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77-78.

FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014

HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4ème éd. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. VII.

KATO, Mariana Almeida. Os acordos substitutivos o termo de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, p. 101-105, abr. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, p. 3157, jul./ago. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 399.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-113.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, abr. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Biblioteca Digital. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*: Governet. Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, p. 726-732, 2010).

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 6992, jan./mar. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.

NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OSÓRIO, Fabio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro ?” In: *RDA*, 220: 69-107; BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução ?”. In: *Revista Interesse Público* nº 37, p. 29-48;

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 56.

SAMPAIO, Aluysio. *Brasil, síntese da evolução social*. São Paulo: Hucitec, 1974.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 474.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; 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.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 143.

ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO: PONTOS DE ESTRANGULAMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA

*LENIENCY AGREEMENT IN THE ANTICORRUPTION LAW:
LEGAL SECURITY BOTTLENECKS*

Thiago Marrara

Livre docente. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Professor de Direito Administrativo da USP na FDRP. Editor da Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA). Advogado consultor. marrara@marrara.adv.br

SUMÁRIO: Introdução; 1 Acordo e programa de leniência: definições relevantes; 2 Regime da leniência na Lei Anticorrupção; 3 Benefícios do programa de leniência por ato de corrupção; 4 Panorama das falhas do regime jurídico legal; 5 Tentativas de aprimoramento do regime: MP 703; 6 Regulamentação infralegal: avanços?; 7 Conclusão: pontos de estrangulamento da segurança jurídica; Referências.

RESUMO: o presente texto resgata preliminarmente a definição do acordo de leniência, buscando tornar mais claros seus traços distintivos em relação a outros ajustes que ganharam força ao longo do gradual movimento de consensualização da Administração Pública. Em seguida, apresenta as características gerais do regime jurídico do programa de leniência para atos de corrupção. Com isso, em conclusão, objetiva demonstrar: (i) quais são as falhas e lacunas existentes no modelo adotado pelo legislador brasileiro; (ii) como atos normativos posteriores reagiram diante desses problemas e (iii) o que, após a edição de tantas normas, necessita ser aperfeiçoado para que se possa dar o devido grau de segurança jurídica e previsibilidade aos interessados em fazer uso desse acordo de cooperação nos três níveis federativos.

PALAVRAS-CHAVES: acordo de leniência, lei anticorrupção, regime jurídico

ABSTRACT: this article presents the definition of the leniency agreement and aims to clarify clearer its distinctive features in relation to other adjustments that have gained strength throughout the gradual movement of consensus seeking in the Brazilian Public Administration. It then defines the general characteristics of the legal regime of the leniency programs in the anticorruption policy. In conclusion, it will demonstrate: (i) which are the flaws and gaps in the model adopted by the Brazilian legislature; (ii) how subsequent normative acts reacted to these problems and (iii) if, after the issue of so many norms, the leniency program needs to be improved in order to give the proper degree of legal certainty and predictability to those interested in making use of this cooperation agreement at the three federative levels.

KEYWORDS: leniency agreement; anticorruption act; legal regime.

INTRODUÇÃO

Julho de 2018. A Advocacia Geral da União em conjunto com a Controladoria Geral, de um lado, e a Odebrecht, de outro, celebraram um dos maiores e mais impactantes acordos de leniência do país. Diante de irregularidades em aproximadamente cinco dezenas de contratos administrativos com o governo federal, a empreiteira, no acordo, comprometeu-se a adotar uma política de integridade e a devolver aos cofres públicos dois bilhões e setecentos milhões de reais em até 22 anos.¹

Aos leigos, a notícia acima soa muito bem. Afinal, o governo logrou reaver bilhões de reais graças ao sucesso da leniência – instituto que “pegou”, diferentemente de muitos, criados pelo legislador num dia, mas esquecidos no outro. Entretanto, àqueles que se dedicam ao estudo do polêmico acordo administrativo, a notícia causa inúmeras perplexidades e dúvidas. É possível tratar de reparação de danos em leniência? Há limitação temporal às obrigações pactuadas? É lícito unir, sob única leniência, dezenas de atos tipificados na Lei Anticorrupção brasileira? Qual é, afinal, a função, o regime e o nível de flexibilidade que caracterizam esse tipo de acordo? Todas essas perguntas convergem a uma dúvida maior: qual é o grau de segurança jurídica que o regime legal oferece a quem deseja celebrar acordos como o noticiado em 2018?

Com o escopo de contribuir com a elaboração de uma resposta a essas inquietações e lançar estímulos a potenciais futuras reformas da Lei Anticorrupção, o presente texto resgatará preliminarmente a definição do acordo de leniência, buscando tornar mais claros seus traços distintivos em relação a outros ajustes que ganharam força ao longo do gradual movimento de consensualização da Administração Pública brasileira. Em seguida, apresentará, com suporte em um método dogmático, analítico e crítico, as características gerais do regime jurídico do programa de leniência para atos de corrupção, levando em conta as determinações tanto legais, quanto infralegais. Com isso, em conclusão, objetiva-se demonstrar: (i) quais são as falhas e lacunas existentes no modelo adotado pelo legislador brasileiro; (ii) como atos normativos posteriores reagiram diante desses problemas e (iii) o que, após a edição de tantas normas, necessita ser aperfeiçoado para que se possa dar o devido grau de segurança jurídica e previsibilidade aos interessados em fazer uso desse acordo de cooperação nos três níveis federativos.

1 Cf. <http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes>.

1 ACORDO E PROGRAMA DE LENIÊNCIA: DEFINIÇÕES RELEVANTES

Diz o ditado: “O uso do cachimbo entorta a boca”. Na prática da Administração Pública, não há nada mais verdadeiro. Ao longo do tempo, pequenas distorções ou má-aplicações de institutos se consolidam e acabam por gerar problemas estruturais, não raro exigindo que o ordenamento se adapte ou que a jurisprudência os reinterprete para preservar suas funcionalidades.

A preocupação com a definição do acordo de leniência se enraíza exatamente na necessidade de se evitar que o uso inadequado do instituto venha a distorcer a lógica do modelo de gestão pública consensual e, mais que isso, fragilizar a política de combate à corrupção por meio de inseguranças criadas por invenções quotidianas sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico. Em outras palavras, o resgate da definição do ainda novo conceito em debate serve não apenas para guiar a discussão vindoura de seu regime jurídico, senão igualmente para fixar sua função, evitando seu emprego indevido em substituição ou em prejuízo de outros instrumentos de gestão pública, inclusive acordos como os compromissos de cessação de prática.

Diante dessa premissa, portanto, considera-se imprescindível reafirmar a definição de acordo de leniência como “ajuste que integra o processo administrativo sancionador mediante celebração pelo ente estatal que titulariza, na esfera administrativa, o poder de punir e, de outro lado, por um infrator que se propõe a colaborar com o Estado na execução de suas tarefas instrutórias no intuito de obter, em troca da cooperação e do adimplemento de outras obrigações acessórias, a mitigação ou a imunização das sanções estatais aplicáveis nesse mesmo processo administrativo ou fora dele”.²

O acordo de leniência, tal como definido, envolve duas partes. De um lado, posiciona-se o infrator, que se dispõe a cooperar com a produção de provas, colaborando com a instrução e a busca da efetividade processual. Confesso e disposto a colaborar, o infrator age por conta e risco, assumindo todos os custos, financeiros ou não, da cooperação na produção de provas, bem como os riscos de exposição social e midiática, de eventual persecução em outros processos etc. Ele não assume, porém, obrigação de resultado, ou seja, de que o processo culmine numa decisão administrativa condenatória. Sua obrigação é de reforçar e robustecer a instrução, com a comprovação da materialidade e da autoria dos ilícitos,

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 196.

tornando-se perfeitamente concebível que a cooperação se confirme ainda que não advenha a condenação de todos os acusados.

De outro lado, como contratante, o Estado se propõe a agir de modo leniente, suave, brando no exercício de seu poder punitivo. O acordo lhe acarreta a obrigação de reduzir ou extinguir sanções potencialmente aplicáveis ao infrator confesso. Cabe a ele, por conseguinte, o verdadeiro papel de leniente – papel que se justifica na medida em que a brandura punitiva seja compensada pela obtenção de provas que sustentem a persecução e condenação de outros infratores.

Em síntese, o acordo de leniência:

- A) constitui acordo de direito administrativo, vinculado no geral a processos administrativos, diferentemente da delação premiada, regida pelo direito penal. Na leniência, não se debatem infrações penais, ainda que, a depender do modelo adotado, o legislador possa conferir ao colaborador alguns benefícios quanto a potenciais sanções criminais com o objetivo de incrementar a atratividade do programa de cooperação com a Administração Pública – o que, vale dizer, infelizmente não se previu na Lei Anticorrupção.
- B) integra um processo administrativo punitivo, convivendo com a via unilateral de decisão estatal. Dito de outro modo: a leniência é acordo integrativo, uma vez que convive com o processo e o acompanha até sua conclusão, buscando torná-lo viável ou alcançar um resultado útil. Em contraste, os compromissos de cessação de prática suspendem o processo administrativo e, após o cumprimento das obrigações, ocasionam seu arquivamento, de modo que não se chega a uma decisão, condenatória ou absolutória, em relação ao infrator compromissário.
- C) pressupõe um comportamento pretensamente ilícito, ainda em curso ou já cessado, e sempre desenvolvido em coautoria. Por força dessa premissa, reputa-se ilegítima e imotivada a leniência celebrada com todos os infratores. Essa prática impossibilitaria o exercício do poder punitivo e negaria a própria essência do acordo. Leniência não é perdão, nem técnica de renúncia de competências. Na verdade, as características desse acordo são a comutatividade, a cooperação e o utilitarismo diante das finalidades do processo punitivo; e

D) exige que a Administração Pública não detenha condições de, por si só, desenvolver com sucesso as atividades instrutórias no curso do processo administrativo sancionador. Pela sua essência e função, a leniência se harmonizará com o princípio da moralidade administrativa somente quando duas condições básicas forem combinadas: o Estado não dispuser de condições de conduzir a instrução de modo satisfatório por seus próprios meios e o infrator, que busca a leniência, mostrar-se apto para entregar provas robustas, aptas a contribuir efetiva e significativamente com a instrução processual. Na falta dessas condições, não deverá ser celebrado o acordo, sob pena de se utilizá-lo com a finalidade exclusiva de beneficiar um dos acusados em detrimento de outros – o que, novamente, representaria desvio da finalidade.³

O *acordo* de leniência, tal como definido, não se confunde com o conceito mais amplo de *programa* de leniência. O termo programa equivale à política de cooperação instrutória e abrange diversas fases que ultrapassam em grande medida a vida do mero *acordo* de leniência. O programa inclui, portanto:

A fase de *qualificação*: essa é a etapa em que as autoridades públicas recebem propostas de negociação do acordo. A propositura ocorrerá antes da abertura do processo administrativo sancionador (leniência prévia) ou ao longo do processo (leniência concomitante). Não existe, porém, leniência posterior à conclusão do processo. Durante a qualificação, caberá ao Estado organizar a lista de interessados e verificar quais cumprem os requisitos legais que os habilitam a apresentar uma proposta. Para organizar a demanda pelo acordo, deverá adotar a distribuição de senhas pela sequência temporal de chegada ou outro qualquer meio que diferencie os infratores interessados pelo momento de manifestação de seu interesse, pois a Lei Anticorrupção impede a celebração de leniência com mais de uma pessoa jurídica em relação a um mesmo processo. Especificamente no âmbito federal da política de combate à corrupção, o art. 31, §2º, do Decreto nº 8.420/2015 prevê que a formalização da proposta poderá ser realizada por meio de memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e a CGU.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 196-198.

A fase de *negociação* e de *celebração*: após a ordenação dos interessados em colaborar com o Estado, o órgão competente deve iniciar o estudo da primeira proposta qualificada e as negociações conforme a ordem de chegada. Caso as negociações com o primeiro qualificado se revelem infrutíferas, iniciam-se negociações com o próximo da lista de qualificados até que um acordo venha a ser celebrado. É ainda possível que se retome a fase de negociação após uma leniência firmada, mas frustrada ao longo de sua execução, ou seja, descumprida – isso será viável desde que o processo ainda não tenha se encerrado.

A fase de *execução do acordo*: uma vez concluída a negociação de modo exitoso, celebra-se o acordo de leniência e inicia-se sua execução, ou seja, o cumprimento das obrigações nele dispostas por conta e risco do infrator colaborador. Como dito, ele age por *risco próprio*, uma vez que a leniência não o imuniza contra todas as esferas de responsabilização que decorrem de sua iniciativa de delatar e colaborar com o Estado na apuração de fatos nos quais ele mesmo está envolvido. Ele age igualmente por *conta própria*, pois assume todos os custos da colaboração.

A fase de *avaliação do acordo*: a última fase do programa é a de avaliação. Nela se verificam se foram atingidos os objetivos do acordo e, sobretudo, se o colaborador executou as obrigações que assumiu de boa-fé. Essa avaliação ocorre simultaneamente à condenação e nela se definem os benefícios a se conferir ao colaborador. Excepcionalmente, em casos de inadimplemento grave ao longo da fase de execução, deve ser possível ao Estado encerrar de modo antecipado o acordo e, como dito, iniciar novas negociações com outro infrator colaborador.⁴

2 REGIME DA LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

O sucesso dos programas e, por conseguinte, dos acordos de leniência depende de uma série de fatores jurídicos e extrajurídicos que, entre outras coisas, confirmam previsibilidade e segurança aos contratantes. Para que isso ocorra, cabe ora ao legislador, na elaboração do regime legal, ora ao administrador público, na negociação do termo de leniência: 1) definir e fixar com clareza os sujeitos autorizados a participar do programa na qualidade de contratantes, de interessados ou de meros ouvintes; 2)

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 211-212.

traçar regras sobre a apresentação e a aceitação de propostas; 3) detalhar os requisitos, a duração e o procedimento de negociação; 4) definir os requisitos e a forma de celebração; 5) estabelecer o modo de cumprimento das obrigações pactuadas; 6) estipular os efeitos do cumprimento do acordo dentro e fora do processo administrativo; e 7) prever casos de potencial descumprimento do acordo com suas respectivas implicações.

No âmbito da política brasileira de combate à corrupção, a disciplina jurídica do acordo e seus aspectos essenciais foi delineada pela Lei Anticorrupção, editada em 2013. Em dois dispositivos específicos, referida lei previu a leniência para os ilícitos de corrupção (art. 16) e a possibilidade de sua extensão para ilícitos licitatórios (art. 17). Em 2015, esses dispositivos foram regulamentados pelo Decreto Presidencial n. 8.420, bem como pela Portaria CGU n. 901. Em 2016, finalmente, editou-se a Portaria CGU/AGU n. 2.278, tratando de cooperação interorgânica na negociação e celebração do acordo, posteriormente substituída pela Portaria Conjunta n. 4, datada de 09 de agosto de 2019.

Em breve resumo, a Lei Anticorrupção, após enumerar os atos ilícitos nela tratados (art. 5º) e da responsabilidade objetiva civil e administrativa por sua prática,⁵ prevê normas gerais sobre o acordo de leniência aplicáveis aos três entes da federação brasileira. O art. 16 da Lei Anticorrupção, especificamente, cuida: (i) da autoridade competente para celebrar o acordo de leniência; (ii) dos sujeitos que dele podem se beneficiar; (iii) das obrigações principais dos contratantes; (iv) dos requisitos para celebração; (v) dos benefícios do acordo no processo administrativo em que ele se integra; (vi) da ausência explícita de imunização contra medidas de reparação civil; (vii) da possibilidade de extensão do acordo ao grupo econômico de fato e de direito; (viii) da publicidade do acordo; (ix) de alguns efeitos da negociação frustrada; (x) da vedação de celebração de nova leniência por um triênio em caso de acordo descumprido e (xi) do efeito da celebração em relação a prazos prescricionais.

3 BENEFÍCIOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA POR ATO DE CORRUPÇÃO

Certamente, as normas mais relevantes em todo esse conjunto de disposições do art. 16 da Lei Anticorrupção se referem aos efeitos do cumprimento do acordo para o infrator colaborador. De maneira geral, os efeitos benéficos de um programa de leniência classificam-se em: (i)

5 Se condenada no processo administrativo acusatório por corrupção, a pessoa jurídica poderá sofrer duas sanções: (i) multa sancionatória, cuja intensidade variará de 0,1 a 20% de seu faturamento anual, descontados tributos, e que jamais poderá ser inferior à vantagem auferida quando for possível mensurá-la, nem excluirá a reparação civil e/ou (ii) a publicação da decisão condenatória nos meios de comunicação, na entidade e na internet, medida que persegue de modo evidente o intuito de expor o infrator e submetê-lo a eventuais “sanções indiretas” por parte de investidores, consumidores, concorrentes e outros agentes sociais e econômicos. Trata-se, pois, da sanção de admoestação pública.

administrativos, internos e externos; (ii) civis e (iii) penais. O cumprimento da leniência prevista na legislação em debate acarreta, porém, meras vantagens administrativas e civis para a pessoa jurídica. Em termos formais, o cumprimento também exigirá a exclusão de informações do CNEP (art. 22, §5º), reduzindo a exposição do colaborador. Contudo, não haverá efeitos penais, nem qualquer efeito administrativo ou civil para pessoas físicas.

Conforme prescrição da Lei Anticorrupção, a “celebração” (*sic*) do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inc. II do art. 6º e no inc. IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (art. 16, §2º). Traduzindo: o reconhecimento do “cumprimento” do acordo de leniência por parte do infrator colaborador (e não a celebração em si, como diz a lei) gerará dois efeitos administrativos e um efeito civil, a saber:

A imunidade à sanção administrativa de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II). Não obstante o infrator colaborador também deva ser condenado, sobretudo porque confessa a infração, ele não se sujeitará aos custos financeiros e não financeiros de divulgação da infração. Além disso, para que o benefício previsto na lei produza efeito prático, há que se interpretá-lo de modo extensivo. Não basta a isenção em relação à sanção de publicação. É preciso que ele não conste das publicações impostas aos outros condenados. Afinal, se seu nome constar de outras publicações, o benefício que o legislador pretendeu oferecer ao colaborador será aniquilado.

A redução em até dois terços da multa administrativa, a qual, nos termos da Lei Anticorrupção, varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto anual, excluídos os tributos, do último exercício anterior ao da instauração do processo ou, quando não for possível identificar o faturamento, de seis mil reais a sessenta milhões de reais (art. 6º, II e §4º). Isso significa que, para conceder o benefício, a Administração terá que condenar o colaborador e fixar sua multa-base, aplicando em seguida o fator percentual redutor. Como se sustentou alhures,⁶ da maneira como ficou disciplinado na Lei Anticorrupção, o benefício de redução da multa se mostra bastante problemático. Em primeiro lugar, a lei deixou de fazer uma importante distinção entre a leniência prévia e a leniência concomitante ao processo. Para a leniência prévia, seria ideal que se garantisse um benefício maior que o da concomitante, já que o infrator confessa algo desconhecido pelo Estado. Todavia, o legislador ignorou essa distinção e, ao igualar

6 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. p. 521-522.

o benefício, acabou por criar um regime legal que desestimula a cooperação anterior à abertura do processo administrativo. Em segundo lugar, ao tratar da redução da multa, a despeito do momento da leniência, a lei somente prevê um teto de redução (2/3), sem a garantia de qualquer mínimo. Nesse contexto, para que se confira segurança jurídica ao colaborador e se estimule a boa-fé da Administração,⁷ é preciso que o acordo contenha cláusula que: a) ou preveja exatamente o percentual da redução pelo cumprimento da leniência ou b) estabeleça uma faixa de redução (por exemplo, de 1/3 a 2/3), deixando-se a mensuração final da redução para o momento de condenação conforme o grau de colaboração verificado ao longo da execução do acordo.⁸ Em terceiro lugar, mostra-se importante garantir ao colaborador o benefício da menor multa. É inaceitável que o infrator que auxilia a Administração se sujeite à sanção pecuniária mais gravosa que a imposta ao infrator que não participa do programa de leniência e não colabora com a comprovação da materialidade e da autoria. Na Lei de Defesa da Concorrência, explicita-se que a “pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior a menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração” (art. 86, §5º).⁹ A Lei Anticorrupção, contudo, silencia sobre o assunto. A esse despeito, o benefício da menor pena resulta do princípio da moralidade administrativa, da própria lógica do programa de leniência e da boa-fé. Não houvesse essa garantia, pouca razão sobraria para se cooperar com o Estado. De todo modo,

7 Preleciona Bacellar Filho que “o cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da juridicidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos [...]” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 537. v. 5). Em sentido semelhante, ensina Bandeira de Mello que “a essência do Direito é firmar previamente os efeitos que associará aos comportamentos tais ou quais... a ordem jurídica constitui uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos, afastando liminarmente qualquer imprevisto ou surpresa que poderia lhes advir se não existisse essa preliminar notícia sobre o alcance de sua atuação futura”. E arremata: “a própria possibilidade de o Direito se realizar depende, às completas, de que exista a certeza, a segurança de que um prévio comportamento ocorrerá na hipótese de uma conduta ser tal ou qual” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41).

8 Essa possibilidade de mensuração do benefício no momento de julgamento existe no âmbito do processo concursal. Em relação à Lei Anticorrupção, porém, há autores que descartam essa possibilidade e entendem que o percentual de 2/3 de redução da pena previsto na lei é fixo. Nesse sentido, Heinen aduz que: “os benefícios à pessoa jurídica, definidos no §2º do art. 16, são vinculados, ou seja, não podem ser sonegados quando entabulado o acordo e cumpridas as suas cláusulas [...] A lei brasileira não deu margem ao Poder Público poder negociar os benefícios em caso de colaboração posta a efeito pelo acusado” (HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*: Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 243).

9 Em detalhes sobre o benefício da menor pena no direito concursal, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 355-356.

na falta de previsão legal, mais seguro ao colaborador é negociar a inserção do benefício da menor pena em cláusula do acordo.

E, no tocante às possíveis punições civis, a *imunidade à sanção de “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”* (art. 19, IV). Esse benefício, concedido no processo administrativo, só ganhará utilidade diante de uma eventual ação judicial civil promovida pela Advocacia Pública ou pelo Ministério Público contra os infratores. Assim como ocorre em relação ao benefício de redução da multa, a disciplina do benefício civil da leniência da Lei Anticorrupção se mostra igualmente problemática. A razão para a crítica é simples. As sanções civis aplicáveis são quatro e podem incluir a suspensão da atividade empresarial até a dissolução da pessoa jurídica. Nesse contexto, seguindo-se uma interpretação literal da lei, o fato de a leniência ser cumprida não imunizará o colaborador contra um pedido de extinção de sua pessoa jurídica ou de suspensão de suas atividades. Qual será, porém, a vantagem de se celebrar um acordo que impede a aplicação da sanção de proibição de recebimento de incentivos pelo infrator colaborador, mas permite que o Ministério Público solicite sua “pena de morte” (ou seja, a extinção da pessoa jurídica)? Para que se garanta a utilidade da leniência, para que seus benefícios sejam reais e efetivos, é preciso interpretar referidos mandamentos em sentido lógico e teleológico. Conquanto o art. 16 não o diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inc. III.¹⁰ Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inc. IV. O que a leniência não poderá incluir em hipótese alguma como benefício civil será a imunidade em relação à reparação de danos causados ao Estado ou a terceiros. O acordo não se presta ao proibir indenizações civis ao Estado ou a terceiros por expressa vedação legal (art. 16, §3º), nem pode conter cláusulas sobre indenizações civis por falta legitimidade ao Estado para representar particulares nesse âmbito. Ademais, é bastante questionável que se possa fazer arbitramento de danos civis no momento de celebração da leniência já que o acordo precede a instrução e, por óbvio, a decisão administrativa final que aponta se há ou não danos e qual sua extensão.

10 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. p. 522.

4 PANORAMA DAS FALHAS DO REGIME JURÍDICO LEGAL

No regime jurídico em exame, como se viu, notam-se muitas falhas e lacunas que, em última instância, afetam a previsibilidade, a segurança jurídica e, pior, a atratividade do programa de leniência.

A uma, a Lei Anticorrupção ignora o papel das pessoas físicas, ou seja, não há previsão de participação dessas pessoas no acordo – lacuna que, em última instância, acaba por tornar o programa menos atrativo, na medida em que coloca a pessoa física (como o administrador diretamente responsável pela corrupção praticada pela empresa) em situação de alta vulnerabilidade, sobretudo no âmbito penal.

A duas, mesmo para a pessoa jurídica infratora que decide colaborar com o Estado, o regime de leniência não garante uma imunização ampla em relação a todas as sanções previstas na Lei Anticorrupção. Conquanto celebre o acordo e o cumpra integralmente, nenhuma mitigação atingirá grande parte das sanções civis (previstas no art. 19).¹¹ Além disso, a Lei não trata de possibilidade de arbitramento de danos no acordo, ainda que, na prática, alguns acordos tenham previsto cláusulas a respeito do perdimento de bens e do pagamento de indenizações.

A três, a lei falha ao não prever um sistema diferenciado de benefícios conforme o momento de celebração da leniência¹² – diferentemente do

11 As sanções civis, dependentes de condução de ação civil pública ajuizada pela entidade lesada ou pelo Ministério Público, consistem em reparação do dano; perdimento de bens e valores; suspensão de atividades econômicas; dissolução da pessoa jurídica (apenas nos casos listados na lei); proibição de incentivos, doações, empréstimos públicos etc. No processo judicial, também poderão ser aplicadas as duas sanções administrativas previstas na Lei, caso a entidade pública competente para punir o infrator não tenha agido.

12 Por um *critério temporal*, o acordo de leniência pode ser prévio ao processo administrativo, concomitante ou secundário. A modalidade *prévia* designa o acordo celebrado antes que o Poder Público tenha conhecimento da infração administrativa. Previamente à abertura do processo ou de seus procedimentos preparatórios, um dos infratores busca a cooperação e celebra a leniência que então dará origem ao processo sancionador. Por gerar elevado benefício ao Estado e representar uma colaboração “mais” espontânea, esse tipo de leniência resulta, em muitos ordenamentos, em maiores benefícios ao colaborador. Quando a leniência é firmada ao longo do processo, fala-se então de um acordo *concomitante*. O infrator já se encontra na posição de acusado e, para mitigar as sanções que lhe podem atingir, recorre à cooperação pela via da leniência. Nesta hipótese, como o Estado já dispõe de informações básicas de autoria e materialidade, a leniência “vale menos”, gera menores benefícios ao colaborador. Daí se entende que, ao diferenciar os benefícios da leniência concomitante em relação à modalidade prévia, o legislador promove uma “corrida pela leniência”, aumenta o clima de desconfiança entre os infratores e desestabiliza as relações entre eles. Apesar dessa vantagem, a Lei Anticorrupção brasileira ignorou a distinção e não registrou a obrigatoriedade de se concederem benefícios diferenciados conforme o momento da leniência. Referida lacuna tenderá a desestimular os acordos prévios, levando o infrator a esperar a abertura do processo administrativo para avaliar a utilidade da colaboração. Além da leniência prévia e da concomitante, é possível falar de uma *leniência secundária* ou tardia. Trata-se de um acordo igualmente concomitante ao processo, mas que é celebrado após uma primeira leniência no mesmo processo administrativo. Em alguns ordenamentos, a leniência secundária é vedada por força da regra *first come, first serve*, a qual foi igualmente consagrada na Lei Anticorrupção. Por conseguinte, somente o primeiro que se qualificar para colaborar estará autorizado a celebrar o acordo. Em outros modelos, aceita-se a leniência secundária ou tardia, mas se conferem menores vantagens ao colaborador, criando-se um sistema de benefícios em cascata pelo qual a quantidade de vantagens ao colaborador se reduz conforme a quantidade de leniências

programa construído no âmbito do direito da concorrência, que diferencia a leniência prévia, a leniência concomitante e a leniência *plus*, cada qual com benefícios distintos, de modo a estimular o infrator a cooperar com o Estado o mais rápido possível e a despeito de se ter conhecimento da infração.

A quatro, a lei não garante um percentual mínimo de redução da administrativa ao infrator colaborador, nem prevê o importante benefício da menor multa. Isso significa que, se o acordo não for bem negociado, o colaborador poderá receber benefícios insignificantes ou uma sanção superior à imposta a infratores que não colaboraram com a instrução processual. Enfim, a cinco, a lei em debate não traz normas sobre cooperação interadministrativa e interorgânica para articular os diversos órgãos envolvidos na política de combate à corrupção.

5 TENTATIVAS DE APRIMORAMENTO DO REGIME: MP 703

Em certa medida, por conta das várias falhas e lacunas do regime jurídico da leniência na Lei Anticorrupção – problemas que comprovam a ignorância do legislador em relação aos avanços e estudos que já existiam na época a respeito da leniência concorrencial – buscou-se modificar o regime jurídico descrito por meio de uma Medida Provisória, igualmente mal debatida e preparada. Apesar de ter perdido vigência por falta de conversão em lei no prazo constitucional, a MP nº 703, de 18 de dezembro de 2015 modificou brevemente inúmeros dispositivos da Lei Anticorrupção e, para o regime da leniência, de modo especial, trouxera as significativas mudanças ao art. 16.

Em primeiro lugar, a MP tentou extirpar a regra do *first come, first serve* (art. 16, §1º, I), de acordo com a qual somente uma pessoa jurídica está autorizada a celebrar o acordo em cada processo administrativo. Para garantir a celebração, a pessoa jurídica necessita ser a primeira a se qualificar perante a Administração. Ao afastar essa regra, a MP buscava impedir o efeito de bloqueio que uma leniência gerava para outros infratores interessados. Isso tornaria possível celebrar múltiplas leniências no mesmo processo. Se aprovada, essa nova sistemática quebraria o estímulo à “corrida pela leniência” e esvaziaria o próprio sentido do processo punitivo.

Em segundo lugar, ao possibilitar múltiplas leniências, a MP teve que necessariamente alterar o sistema de benefícios e isso ocorrerá pela

umenta. Existe ainda um terceiro modelo, referente à leniência *plus*, adotado no âmbito do direito concorrencial brasileiro, mas sem previsão na política de combate à corrupção. Aqui, a leniência secundária poderá ser celebrada em um processo que já conta com um colaborador, mas desde que o segundo colaborador apoie as atividades de instrução neste primeiro processo e, adicionalmente, traga informações sobre uma nova infração desconhecida pela Administração Pública. A leniência *plus* pode ser chamada de leniência *dúplice*, uma vez que congrega uma leniência concomitante no processo em curso e uma leniência prévia para a nova infração confessada.

diferenciação das vantagens dadas ao primeiro infrator-colaborador (maiores) e aquelas conferidas aos subseqüentes (menores). A diferenciação, hoje revogada, tentava salvar um pouco do efeito da “corrida” pelo acordo, já que o primeiro receberia mais prêmios que os colaboradores tardios.

Em terceiro lugar, também de modo a facilitar a posição do infrator interessado no acordo, a MP retirava da lei a necessidade de confissão do ato de corrupção (art. 16, §1º, II). Isso colocava o colaborador em situação mais confortável e reduzia sua vulnerabilidade, ou melhor, os riscos de punição e de responsabilização em outras esferas – fator que, em última instância, tornava o programa de leniência muito mais atrativo. Na prática, porém, a confissão é essencial e constitui requisito lógico da leniência. Afinal, é o fato de o colaborador ser ele mesmo um dos infratores que lhe dá legitimidade para atuar ao lado do Estado como um fornecedor confiável de provas.

Em quarto lugar, a MP ampliou de modo extremamente significativo as vantagens decorrentes do cumprimento do acordo,¹³ por exemplo, ao beneficiar o infrator-colaborador contra sanções na esfera licitatória, inclusive as de caráter pecuniário, e por permitir que o acordo tratasse da reparação de danos, inclusive mediante técnicas de amortização que levassem em conta a “capacidade econômica do agente”.¹⁴

Em quinto lugar, também no sentido de incrementar os benefícios do acordo, tornando-o mais atrativo e menos arriscado aos colaboradores, a MP ainda previu que sua celebração impediria ações de improbidade, ações civis em geral e a ação para aplicação das sanções civis por corrupção (art. 19 da lei), desde que o acordo fosse firmado com a participação da Advocacia Pública ou do Ministério Público.

Em sexto, a MP determinou que os documentos fornecidos pelo colaborador ao Estado fossem devolvidos em caso de proposta de leniência frustrada (art. 17-B), suprimindo assim uma lacuna da redação originária da

13 Para se constatar essa ampliação, basta verificar a redação que o art. 16, §2º havia assumido por conta da MP nº 703: “§2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa: (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015): I – isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do caput do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos; (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015); II – poderá reduzir a multa prevista no inciso I do caput do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo; e (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015); III – no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.” (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015).

14 Isso se vislumbrava na redação modificada do art. 16, §4º: “O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica.” (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015, mas não convertida).

lei. Na prática, esse problema foi resolvido por normas infralegais, como a Portaria Conjunta CGU/AGU nº 04/2019, cujo art. 8º, parágrafo único, hoje prevê que “a desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição: I – não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa jurídica; II – implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública tiver conhecimento deles por outros meios; e III – não acarretará sua divulgação, ressalvado o disposto no art. 4º desta Portaria”.

A MP caminhou bem em certos aspectos, mas realmente parece ter exagerado na ampliação dos benefícios e, pior, sem que ainda houvesse na doutrina e no âmbito dos órgãos competentes uma reflexão madura e aprofundada a respeito das deficiências do modelo de leniência da lei. Outro fator que a prejudicou, por natural, foi o momento político e social de sua edição e igualmente o fato de não ter sido capaz de resolver todas as falhas da disciplina jurídica da leniência para atos de corrupção.

6 REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL: AVANÇOS?

No âmbito da União, antes e após a esperada perda de vigência da MP nº 703, foram editados alguns diplomas de natureza administrativa com o objetivo de detalhar os procedimentos e o funcionamento do programa de leniência. Essas normas se encontram no Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, na Portaria CGU nº 901/2015 e, posteriormente, na Portaria nº 2.278/2016, que acabou por revogar os arts. 27 a 37 da Portaria anterior referentes ao tema em debate. Mais tarde, a Portaria nº 2.278/2016 foi substituída pela Portaria Conjunta nº 04/2019.

O exame sistemático desses vários diplomas normativos de caráter administrativo revela que o Poder Executivo, ao detalhar o assunto, também intentou superar inúmeras falhas e lacunas materiais e procedimentais constantes da legislação e inovou em muitos aspectos – em alguns casos, inclusive, de modo a extrapolar os limites constitucionais do poder regulamentar. Entre os avanços mais marcantes da abrangente disciplina infralegal, é imprescindível destacar:

A relativização da regra do “first come, first serve”. De acordo com o art. 30 do Decreto nº 8.420, “a pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I – ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quanto tal circunstância for relevante”. O trecho final dá a entender que, a critério da autoridade pública, em

juízo de conveniência e oportunidade, será lícito celebrar várias leniências no mesmo processo administrativo. Da forma como posta, a norma autorizativa viola inequivocamente o texto legal, que permite uma única leniência para pessoas jurídicas em cada processo administrativo de responsabilização. Além de inconstitucional, por exorbitar o poder de regulamentação previsto no art. 84, IV, da Constituição da República, a norma poderá cancelar violações ao princípio da impessoalidade e ao princípio da moralidade, uma vez que não prevê critérios transparentes para a aceitação de leniências adicionais, diferentemente do que se vislumbra na legislação concorrencial a respeito da leniência *plus*.¹⁵

A definição de um prazo máximo de propositura do acordo. Nos termos do art. 30, §2º, do Decreto nº 8.420/2015, a proposta do acordo poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR. Em outras palavras, a leniência torna-se impossível após a conclusão da instrução. Essa norma se acopla perfeitamente ao espírito do acordo de cooperação instrutória. Se a instrução já se encerrou, não há mais espaço para colaboração, nem utilidade potencial para um acordo. Faça-se apenas uma ressalva. Se o órgão julgador determinar a reabertura de instrução, há que se reabrir, por automático, o prazo para propostas de leniência. Enquanto houver instrução, haverá possibilidade de colaboração.

A composição do órgão de negociação do acordo de leniência. Uma forma importante de se garantir a estabilidade e a durabilidade do acordo consiste na articulação dos inúmeros interesses e órgãos estatais envolvidos na persecução do ilícito. Atento a isso, o art. 5º da Portaria Conjunta nº 04/2019, de modo a superar uma lacuna da lei, previu o seguinte: “Uma vez assinado o Memorando de Entendimentos, o Secretário de Combate à Corrupção da CGU: I - designará, mediante despacho, comissão responsável pela condução da negociação do acordo, composta por, no mínimo: a) dois membros da carreira de Finanças e Controle em exercício na CGU; e b) um membro da AGU indicado pelo DPP”. Essa norma tem caráter autolimitativo, mas não se mostra inconstitucional, pois a lei não estabeleceu regras de composição da Comissão,

15 A respeito da leniência *plus* no direito concorrencial, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 373.

de modo que se afigura perfeitamente lícito e recomendável que se busque a articulação interadministrativa para se chegar a um acordo mais satisfatório. Da maneira como o assunto foi disciplinado, a participação da AGU se tornou obrigatória. Além disso, os membros da AGU têm a função específica de “avaliar a vantajosidade e a procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais” (art. 7º, §4º). Distinta é a situação de membros da comissão de negociação provenientes dos entes lesados. Nos termos do art. 54º, § 1º parágrafo único, da Portaria Conjunta: O Secretário de Combate à Corrupção da CGU “poderá solicitar a indicação de servidor ou empregado do órgão ou entidade lesada *para prestar informação para participar das reuniões da comissão responsável pela condução das negociações*” (g.n.). Aqui, a solicitação da participação é discricionária e o membro externo, aparentemente, não detém qualquer poder decisório, senão mero direito de voz e dever de colaboração.

A definição do prazo de negociação. Superando uma lacuna da lei, o art. 32 do Decreto prescreve que a negociação da leniência seja concluída no prazo prorrogável de 180 dias, que devem ser contados entre a data de apresentação do memorando conjunto de entendimentos e a celebração do acordo. O decreto não prevê, contudo, um limite às prorrogações.

A forma de proposta final do acordo. Prescreve o art. 31, *caput* do Decreto nº 8.420/2015, que a leniência será proposta de modo oral ou escrito. A proposta formalizada, porém, será objeto de memorando conjunto de entendimentos que defina seus parâmetros, nos termos do art. 31, §2º. A partir desse memorando é que se iniciam as negociações. Todavia, o encaminhamento do memorando não impede a desistência da proposta a qualquer momento antes da assinatura, conforme garante o art. 34 do referido ato normativo.

A estipulação de procedimentos em caso de desistência ou rejeição. De modo a solucionar uma lacuna da lei, o Decreto nº 8.420 previu o seguinte: “caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles

independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência” (art. 35). A Portaria Conjunta CGU/AGU nº 04/2019 foi ainda mais detalhada ao prever que: “A desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição: I – não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa; jurídica; II – implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública tiver conhecimento deles por outros meios; e III – não acarretará na sua divulgação, ressalvado o disposto no art. 4º desta Portaria” (art. 8º, parágrafo único).

A previsão da celebração conjunta entre CGU e AGU. Em favor da articulação interadministrativa, a Portaria Conjunta nº 04 não apenas torna a participação dos membros da AGU obrigatória na negociação, como também partilha com ela a competência da CGU para celebração do acordo. Nesse sentido, dispõe o art. 9º, parágrafo único, que “a decisão sobre a celebração do acordo de leniência caberá ao Ministro de Estado da CGU e ao Advogado Geral da União”. Aqui, obviamente, a Portaria extrapolou os termos da lei, que prevê competência exclusiva de celebração em favor da CGU. Entretanto, se bem analisada, verifica-se que a norma infralegal cria apenas uma forma de autolimitação de um órgão da Administração Direta em favor de outro no sentido de dar mais eficiência ao acordo. Lida dessa forma, a celebração conjunta não parece representar uma violação aos termos da lei, mas sim um aprimoramento procedimental relevante à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública.

A ampliação dos requisitos de celebração. Realmente questionável é a norma infralegal que estende o rol de requisitos para a celebração da leniência previstos no art. 16, §1º, da Lei Anticorrupção. Além dos requisitos legais (confissão, disponibilidade de cooperação, cessação da prática e primariedade na cooperação), o art. 7º, inciso V, alínea “c” da Portaria Conjunta nº 04/2019 prevê a necessidade de aplicação, aperfeiçoamento ou adoção de programas de integridade, e o inciso VI se refere a “negociar os valores a serem ressarcidos, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado”. O art. 7º, na mesma linha, afirma que o relatório final da comissão de negociação deverá tratar, entre outras coisas, do

“compromisso de compliance” e da reparação do dano, além de cuidar da quantificação da multa, “se for o caso”. Ora, não há dúvidas de que a imposição desses requisitos adicionais exorbita o poder regulamentar, fere a Lei Anticorrupção e a regra da livre negociação que deveria pautar o programa de leniência. Não está no escopo da Lei Anticorrupção tratar da reparação de danos, cabendo a cada ente lesado as providências para tanto. Nesse sentido, o máximo que se poderia aceitar na negociação seria uma reparação dos danos sofridos pela entidade federal lesada e já evidentes, nada mais que isso. A não aceitação da reparação na esfera administrativa pelo colaborador, ademais, jamais poderá ser tomada como motivo para afastar a celebração do acordo. É direito seu querer discutir a reparação em outras esferas e não no campo do acordo. A adoção de programas de integridade, de outra parte, também é uma decisão da pessoa jurídica e não é exigível como requisito de celebração, já que não consta da lei e não se mostra essencial ao funcionamento do acordo. Além de não guardar relação lógica com o acordo em si e a infração sob apuração, a exigência de programa de integridade gera elevados custos para a pessoa jurídica, razão pela qual deve permanecer sob sua esfera de decisão, sobretudo diante da falta de norma legal que a obrigue a adotá-lo como requisito para participar do programa de leniência.

A extensão da competência processual da CGU. Nos termos do art. 38 do Decreto nº 8.420/2015, a CGU poderá conduzir e julgar os processos administrativos que apurem infrações de corrupção e em outras normas de licitações e contratos, “*cujos fatos tenham sido notificados por meio do acordo de leniência*”. Essa norma, em verdade, inova o ordenamento jurídico e parece violar o art. 8º, *caput* e §2º, bem como o art. 9 da Lei Anticorrupção. Esses dispositivos respectivamente: (a) preveem a competência da entidade lesada para condução do PAR; (b) reconhecem competência concorrente da CGU para instaurar o PAR apenas no âmbito do Poder Executivo federal ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta lei, somente para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento e (c) conferem competência exclusiva à CGU para conduzir processos relativos a ilícitos praticados contra a administração pública estrangeira. É de duvidosa constitucionalidade a norma infralegal que, no intuito de regulamentar, retira a competência das entidades lesadas para

conduzir o PAR, nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei Anticorrupção, ainda que ele tenha se iniciado em razão de provas ofertadas pelo infrator colaborador no programa de leniência.

A extensão dos benefícios. A Portaria Conjunta nº 04, não bastasse ter estendido indevidamente os requisitos do programa de leniência, também ampliou sem respaldo na lei os benefícios gerados pelo cumprimento do programa. Nos termos de seu art. 12, “A celebração do acordo de leniência poderá: I - isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 da Lei nº 12.846, de 2013; II - reduzir em até dois terços, nos termos do acordo, o valor da multa aplicável, prevista no inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013; e III - isentar ou atenuar, nos termos do acordo, as sanções administrativas ou cíveis aplicáveis ao caso”. Ora, nesse dispositivo final, a Portaria, sem base na lei, permite que a comissão de negociação, a seu critério exclusivo, ofereça benefícios para determinados colaboradores que não tenham qualquer fundamento legal e deixe de ofertá-los a outros. A norma é exorbitante do poder regulamentar, além de violar os princípios da impessoalidade e da moralidade.

O estímulo à articulação administrativa. Além da salutar previsão de colaboração com a AGU, o art. 50 do Decreto nº 8.420/2015, prevê que “os órgãos e as entidades da administração pública, no exercício de suas competências regulatórias, disporão sobre os efeitos da Lei nº 12.846/2013, no âmbito das atividades reguladas, inclusive no caso de proposta e celebração de acordo de leniência”. Com isso, o Poder Executivo pretendeu estimular o respeito ao acordo de colaboração e reduzir os riscos a que se submete o infrator colaborador diante do poder persecutório (de polícia) de outras entidades da Administração Pública, sobretudo as agências reguladoras. Todavia, acredita-se que a norma em questão terá efetividade limitada, dada sua abertura mandamental e a falta de respaldo mais objetivo na Lei Anticorrupção.

7 CONCLUSÃO: PONTOS DE ESTRANGULAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A complexidade e a multiplicação das infrações administrativas quotidianas, as dificuldades e os custos relativos à execução dos poderes de fiscalização e de instrução pelo Estado, a necessidade

de se concretizar interesses públicos primários (como o combate à corrupção, a proteção da concorrência etc.) e o desejo popular por uma máquina administrativa mais eficiente e por um ordenamento jurídico socialmente efetivo são algumas das razões a justificar a construção de uma cultura utilitarista de cooperação, diálogo ou consensualização no âmbito do poder sancionador estatal. São esses os fundamentos, por conseguinte, para a inserção, no Brasil, de diversos programas de leniência, como o previsto na Lei Anticorrupção.

Ocorre, porém, que o regime legal do programa de leniência para infrações de corrupção contém inúmeras falhas e lacunas. Ao longo do presente artigo, buscou-se demonstrar esses problemas, passando-se pela discussão da falta de benefícios a pessoas físicas, da ausência de previsão clara dos benefícios mínimos às pessoas jurídicas, da lacuna quanto a benefícios penais e reparação civil, da inexistência da garantia da menor sanção, da reduzida disciplina acerca da importante articulação entre os órgãos públicos envolvidos na política de combate a corrupção.

Em certa medida, a despeito da não conversão da MP 703 em lei, o próprio Poder Executivo buscou lidar com esses problemas por meio de soluções previstas no Decreto Regulamentar e em Portarias Específicas. Contudo, nem todas as questões polêmicas foram resolvidas a contento, seja porque as inovações normativas violam o texto legal, seja porque não se harmonizam bem com os princípios constitucionais regentes da Administração Pública ou com as características básicas de um programa de leniência.

É preciso, assim, que prossigam os debates acerca do aprimoramento da legislação brasileira. Sem isso, os pressupostos para o sucesso do programa de leniência não serão alcançados e, em última instância, colocar-se-á em risco a utilidade desse importante instrumento de consensualização da Administração Pública brasileira no combate a um dos maiores males do país: a corrupção incessante.

Como já sustentei alhures,¹⁶ esses pressupostos essenciais ao bom funcionamento de qualquer leniência consistem basicamente em: (i) garantir a transparência e a previsibilidade dos deveres e riscos envolvidos e do pacote de benefícios nas mais diversas esferas de responsabilidade; (ii) conferir credibilidade ao programa, gerada, entre outras coisas, pelo profissionalismo dos agentes e órgãos públicos envolvidos, pela boa-fé e proteção da confiança, pelo respeito contínuo aos procedimentos preparatórios e às cláusulas acordadas, bem como pela punição precisa

16 MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 339-341.

diante de descumprimento; e (iii) oferecer benefícios efetivos ao infrator colaborador, de sorte a compensá-lo pelos riscos da cooperação instrutória.¹⁷

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 5.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MARRARA, Thiago (Org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

STETNER, Renato Parreira. Artigos 35-B e 35-C. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

17 Nesse sentido, cf. também STETNER, Renato Parreira. Artigos 35-B e 35-C. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei n. 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 313.

O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO IMPORTANTE MEIO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE INSTITUTE OF COLLABORATION AWARDED AS AN
IMPORTANT MEANS OF COMBATING CORRUPTION IN
PUBLIC ADMINISTRATION*

André Luís Callegari

Pós-Doutor e Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid -Espanha. Doutor Honoris causa pela Universidad Autónoma de Tlaxcala – México. Doutor Honoris causa pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacan – México. Professor convidado na Universidade de Coimbra – Portugal no acordo CAPES/GRICES. Professor convidado na Cátedra Latino Americana de Derecho Penal na Universidad Externado de Colombia. Professor no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP/Brasília. Advogado criminalista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve evolução histórica; 2 A legitimação da colaboração premiada como meio de combate à corrupção na Administração Pública; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata do crescente uso do instituto da colaboração premiada, realizando uma breve análise de sua evolução desde os primeiros sinais de seu surgimento na legislação brasileira até as mais recentes atualizações, nas quais se pode ver que o instituto ganha cada vez mais atenção. Isso se deu, em boa parte, devido ao crescimento no número de acordos pactuados e na percepção de que há uma ótima relação custo x benefício em sua utilização, permitindo que organizações criminosas intrincadas na Administração Pública possam ser desvendadas e desmanteladas, legitimando os benefícios premiaiais oferecidos ao colaborador tendo sempre em vista o alcance do objetivo principal do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada. Corrupção. Criminalidade Organizada. Administração Pública.

ABSTRACT: This article addresses the growing use of the institute of turning state's evidence, making a brief analysis of its evolution from the first signs of its emergence in Brazilian legislation to the most recent updates, in which it can be seen that the institute gains more and more attention. This was due, in most part, to the growth in the number of turn state's evidence dealt and the perception that there is an excellent cost-benefit ratio in their use, allowing criminal organizations intricate in Public Administration to be unveiled and dismantled, legitimizing the benefits offered to the one who turns state's evidence always keeping in mind the main objective of public interest.

KEYWORDS: Turn State's Evidence. Corruption. Organized Crime. Public Administration.

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar o benefício da colaboração premiada, mas não somente sob o seu aspecto mais popular, de um benefício pessoal oferecido aos agentes que decidem colaborar com investigações e processos em troca de informações que auxiliem as autoridades a levar à juízo os seus outrora companheiros de atividades ilícitas, mas sob uma perspectiva mais ampla e, poucas vezes considerada pela população em geral, de um benefício à sociedade, maior interessada no desbaratamento de organizações criminosas envolvendo agentes da administração pública; no pagamento de multas pelo colaborador, cujo valor será revertido à sociedade; e na eventual apreensão e/ou restituição de valores desviados dos cofres públicos.

A hipótese de benefício público por meio da colaboração premiada vem sendo notada e a justiça premial ou negocial ganha cada vez mais espaço nas legislações. O que, antes, era a exceção, agora vem se tornando cada vez mais rotineiro, ao passo que cresce o interesse no viés econômico e no custo-benefício oferecido pelo instituto.

1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A colaboração premiada foi inserida expressamente à nossa legislação e aplicada em grande escala e, de certa forma, melhor aceita, mais recentemente, diante da derrota das instituições estatais frente ao crime organizado.

Mas já há muito tempo as legislações esboçavam timidamente o que se tornaria o atual instituto da colaboração premiada. Apresentavam-se na forma de pequenos benefícios, como a redução de pena inserida na Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional – nº 7.492/86, que premiava o agente que fornecesse “confissão espontânea” em desfavor de seus comparsas.

Já na Lei dos Crimes Hediondos – nº 8.072/90, o legislador optou por conceder o mesmo benefício, na forma de minorante, mas que seria concedido ao agente que denunciasse a quadrilha ou bando.

Na Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica – nº 8.137/90 também se apresentava como a concessão de uma minorante de pena, porém, dessa vez, conferida ao agente que fornecesse uma “confissão espontânea”.

Posteriormente, o mesmo benefício de redução de pena foi inserido na primeira Lei do Crime Organizado – nº 9.034/95, já sob a nomenclatura de “colaboração espontânea” do agente.

Na Lei dos Crimes de Lavagem de Ativos – nº 9.613/98 houve uma mudança substancial, além da minorante surge a possibilidade de ser concedido o perdão judicial ao agente que “colaborar espontaneamente com as autoridades.”

Seguindo a evolução das legislações, a Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas – nº 9.807/99 prevê a redução de pena e o perdão judicial com extinção da punibilidade, porém, este último vinculado aos resultados obtidos com a conduta do agente de ter “colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação”.

A revogada Lei de Tóxicos – nº 10.409/02 foi pioneira ao prever expressamente a possibilidade de um acordo entre o agente e o Ministério Público, que poderia englobar o sobrestamento do processo ou a redução de pena; e se posterior à sentença, o membro do Ministério Público poderia propor o perdão ou a redução de pena. Previsão muito mais benevolente que a da atual Lei de Drogas – nº 11.343/06, cujo único benefício é a redução de pena ao acusado que “colaborar voluntariamente”.

Por fim, a vigente Lei das Organizações Criminosas – nº 12.850/13, recentemente atualizada pelo Pacote Anticrime – nº 13.964/19, cujas novidades também são dignas de uma breve exposição, especialmente considerando que várias delas vieram para pôr fim a dúvidas e incertezas até então discutidas apenas pela doutrina e jurisprudência.

Uma delas, especificamente relevante ao tema ora proposto, é a pressuposição de utilidade e interesse públicos. Como veremos a seguir, o interesse para a Administração Pública pode facilmente ser justificado pela reparação do dano, pela apreensão e restituição de valores ao erário e pela economia que o acordo importará ao Judiciário.

Outra questão que vem para abrandar as críticas de excessos na pactuação de acordos e concessão de benefícios diz respeito ao novo requisito exigido para a concessão do prêmio máximo de não denúncia ou imunidade, cumulativo aos da redação anterior e imprescindível: o ineditismo da infração levada ao conhecimento da autoridade.

Primeiramente, esse benefício justifica-se também e especialmente, pelo interesse público em desbaratar grandes organizações criminosas e não com o desejo do colaborador. Muito embora o Estado disponha de mecanismos eficientes de investigação, determinadas organizações, especialmente aquelas entranhadas na Administração Pública, possuem um nível de requinte elevado de atuação, como trataremos melhor a seguir, que impossibilitam sua pronta identificação e rastreamento das infrações cometidas sem o auxílio de alguém que tenha tido a oportunidade de conhecer o seu funcionamento por dentro.

Justificada sua excepcionalidade, será concedido apenas ao colaborador que narrar ilícitos que sequer estejam sob o radar das autoridades e, portanto, sobre as quais, possivelmente, não se tomaria conhecimento sem o seu auxílio.

Outra crítica aparentemente sanada é o oferecimento de benefícios que sequer encontram respaldo legal, como, por exemplo, regimes de cumprimento iniciais incompatíveis com aqueles constantes do Código Penal. A solução foi alargar a atuação do juízo homologatório, que passou a ter a função de analisar a adequação dos benefícios pactuados à legislação vigente, além da adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos pela lei, bem como de realizar uma análise fundamentada do mérito da denúncia, da hipótese de perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena.

2 A LEGITIMAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A nenhum membro do Ministério Público ou delegado de polícia deve agradar a ideia, *prima facie*, de barganhar benefícios com um agente que confessadamente cometeu ilícitos e, pelo menos, até então, escapou ileso às garras da Justiça.

A legitimação do prêmio ao colaborador apresenta-se como uma das primeiras problemáticas. Pois, ao premiá-lo, a ofensa ao bem jurídico lesionado ou posto em perigo permanece intacta, o fato não se torna menos antijurídico e o agente não é menos culpável:

Antijuridicidad y culpabilidad, pues, no se inmutan, afectando, sin embargo, directamente a la punibilidad del delito – o, al menos, a la punición del hecho, si se mantiene la punibilidad como un elemento abstracto en el concepto del delito-. Admitir la posibilidad de “premiar” al culpable confeso que colabora activamente con la Justicia puede chocar con la propia función del Derecho penal. [...] la posibilidad de admitir la figura del premio podría aparecer de modo más coherente, en tanto que “el premio adquiere mayor legitimidad, en la medida en que la contra-conducta aparece idónea para demostrar una menor necesidad de pena del reo, y/o en la medida que en que esta aparezca idónea para desarrollar una función general preventiva, negativa o positiva”.¹

¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson S.L., 2004. p. 44-45.

A medida ganha idoneidade, então, a partir da contrapartida exercida pelo colaborador, quando esta for idônea e apta a demonstrar uma diminuição na necessidade de aplicação da pena. O benefício premial torna-se aceitável diante da compreensão de que, somente com o auxílio do colaborador, será possível responsabilizar não apenas ele próprio, mas diversos outros envolvidos, além de ver reparado o dano em alguma extensão, bem como, eventualmente, prevenir que outros delitos sejam cometidos ou continuem sendo cometidos pelos mesmos agentes delatados.

Ou seja, não se trata, em absoluto, de um valor ético-moral de recompensa ao seu arrependimento, senão de uma medida de política criminal; não é um fim em si próprio, mas um meio cujo objetivo é muito maior do que o prêmio individual ao colaborador. Isso porque, com a reparação do dano causado à vítima (neste caso, a Administração Pública), a desarticulação e responsabilização dos membros da organização criminosa, quem mais se beneficiará é a própria Administração, mais especificamente a Justiça que “tendrá que dedicar menos recursos a la investigación y persecución de esas conductas y podrá utilizar los escasos y preciados medios materiales y personales con los que cuenta para otras investigaciones aún por descubrir.”²

Nesse sentido, de se ressaltar que, a criminalidade organizada profissionalizou-se de tal maneira – especialmente quando tratamos do envolvimento de agentes da Administração Pública –, que suas atividades ilícitas se tornaram praticamente impossíveis de serem descobertas pelas autoridades. Somado a isso, suas atividades costumam ser altamente rentáveis, viabilizando o investimento e aparelhamento da organização.

Enquanto isso, em gritante descompasso, as polícias, o Ministério Público e o Judiciário enfrentam falta de verba e investimentos – em alguma extensão, causados ou agravados pela corrupção – que levam ao sucateamento, falta de capacitação e de pessoal. Embora, de se mencionar que, especialmente após a operação Lava Jato, começou a se notar um verdadeiro esforço de organização também por parte das instituições, com a criação de delegacias, promotorias e varas especializadas em lavagem de dinheiro, organizações criminosas e crimes econômicos, a fim de viabilizar um enfrentamento mais equânime a esta forma de criminalidade.

Mas essa situação de disparidade, certamente, não é exclusividade do Brasil. A mundialização da economia deu início a um processo de expansão da criminalidade organizada, permitindo que uma intervenção econômica seja realizada em praticamente qualquer economia nacional, partindo até

2 ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38v>. p. 66.

mesmo dos locais mais remotos do mundo, o que tornou ineficazes os meios de investigação tradicionais existentes em um Estado Democrático de Direito para enfrentar esse tipo de delinquência.³

A *criminalidade grave*, como se convencionou chamar os crimes econômicos ou de colarinho branco, de organizações criminosas, entre outros, cujos delitos ganham níveis de sofisticação maiores e envolvem diversos coautores, desafia um sistema penal forjado para enfrentar delitos relativamente simples e que tinham como maior obstáculo a morosidade do sistema Judiciário ante sua consumação em massa:

Os mecanismos estabelecidos pela Lei n. 12.850/13, entre eles a colaboração premiada, refletem claramente o processo penal em complementariedade funcional com o direito penal material, agora direcionado à criminalidade grave. Constata-se ainda que se antes se preocupava com a eficiência do processo penal dado o seu congestionamento, e a carência de celeridade do andamento processual; agora preocupa-se também com a dificuldade da própria investigação e, sendo assim, da própria possibilidade de edificação de fatos pretéritos que possam representar condutas delituosas taxadas como de maior gravidade.⁴

Ou seja, as instituições repressivas não possuem os meios adequados para enfrentar a criminalidade organizada, tampouco estão aptas a impor qualquer poder de controle, abrindo espaço para que a corrupção se torne um problema generalizado e arraigado nos mais diversos órgãos do Estado:

[...] os problemas são amplos e começam antecipadamente na própria inoperância das instituições estatais em evitar, ou, ao menos, reduzir a corrupção que se manifesta nas mais diversas formas nos órgãos do Estado, além da sua estrutural desorganização e ausência de profissionalismo na condução da política criminal de longo prazo para reduzir o fenômeno criminal organizado, ou tradicional, e de massa.⁵

3 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentido"*. Madrid: Dykinson S.L., 2004.

4 AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>. p. 263.

5 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. 4. ed. revisada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2019. p. 90-91.

Quanto aos delitos de corrupção envolvendo, especificamente, a Administração Pública, podemos dizer que a ineficácia dos meios de investigação ordinários, geralmente, tem relação com a (i) complexidade do *modus operandi* (profissionalização, meios tecnológicos sofisticados, transnacionalização/internacionalização, infrações não ostensivas, corrupção *quid pro quo*, cooperação entre organizações criminosas independentes e penetração no aparato governamental); (ii) sofisticação estrutural (atuação em moldes empresariais que facilitam a lavagem de capitais, substituição da hierarquia por redes de coordenação com fragmentação de poder); e, por fim, (iii) o pacto de silêncio vigente entre os seus membros.⁶

A busca por novos meios legítimos de investigação, obtenção de provas e repressão a essa nova espécie de *super criminalidade* foi responsável por expandir os horizontes da colaboração premiada, legitimando-a até mesmo quando alguns de seus aspectos disparavam alarmes na seara da constitucionalidade e garantismo:

[...] necessidade de se instituírem alguns instrumentos que, a par do caráter não garantista, têm razão de ser enquanto indispensáveis ao enfrentamento de uma nova criminalidade marcada pela noção de emergência investigativa, pela quase impossibilidade de abordá-la de outra forma que não seja por novos expedientes de intensificação das técnicas de apuração.⁷

Os acordos de colaboração premiada, então, “passaram a ser eficazes e principais aparatos no enfrentamento e repressão à Macrocriminalidade Econômica Organizada”, especialmente, diante da ineficácia dos instrumentos probatórios e meios investigatórios tradicionais.⁸

A utilização da colaboração passou a ser tão eficaz e principal, ao contrário da almejada excepcionalidade, que a doutrina já critica a vulgarização do instituto, por vezes, utilizada como “meio de confissão generalizada” e que, diante da facilitação proporcionada à produção

6 SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>. p. 288-290.

7 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. 4. ed. revisada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2019. p.88.

8 SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>. p. 287

probatória, tornou-se verdadeira “muleta investigatória” de um Estado acomodado.⁹

A crítica, por certo, encontra algum respaldo na práxis¹⁰. Embora não seja possível afirmar se o exagero se deu por impossibilidade investigativa ou por mera acomodação, a questão é que os dados apontam para o sentido de que a exceção teria se tornado a regra. Porém, há que se pensar, também, que a situação em si pode ser tão excepcional a ponto de exigir medidas excepcionais. A experiência internacional já se debruçou sobre essa mesma questão quanto a legitimação da justiça negocial no embate entre a ineficácia persecutória x delitos de colarinho branco:

Ante situaciones excepcionales, los Estados suelen tender a aprobar medidas excepcionales también en el ámbito de la investigación criminal. Por ello, ante la percepción de que la Justicia española necesita nuevos instrumentos que mejoren la eficacia en la persecución de la llamada “delincuencia de cuello blanco”, se ha vuelto a retomar el debate jurídico respecto a la conveniencia o no de potenciar fórmulas premiales y de justicia negociada, que ya son aplicadas en otros países como herramientas muy efectivas para destapar, investigar y castigar todas esas conductas relacionadas con la corrupción pública y la delincuencia económica empresarial, en las que el perjudicado final es la economía de un país, y por lo tanto, el ciudadano como último eslabón de la cadena sobre el que recaen las consecuencias sociales y patrimoniales más dolorosas a la hora de evitar la quiebra estatal.¹¹

Ou seja, é o próprio país, por meio de sua economia já dilacerada, que arcará com os prejuízos causados pela corrupção pública; e, por isso, leia-se, quem irá pagar a conta é a sociedade. Diante desse quadro, “os benefícios para a sociedade (ainda que haja uma minoria que com eles não concorde) são superiores aos custos. Da mesma maneira, os benefícios para o colaborador, em determinadas situações, são maiores que as perdas.”¹²

9 CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 34.

10 Tome-se, por exemplo, a quantidade de acordos de colaboração premiada realizados no âmbito da operação Lava Jato. “Lava Jato tem 293 acordos de delação premiada homologados, diz PGR”. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/lava-jato-teve-293-acordos-de-delacao-homologados-diz-pgr.ghtml>. Acesso em: 27 abr. 2020.

11 ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38v>. p. 41.

12 FONSECA, Cibele Benevides Guedes da Fonseca. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 208-209.

Por outro lado, há a crítica doutrinária acerca da privatização do direito penal, apontando para os sinais de que o foco principal da colaboração teria se tornado o fator econômico:

[...] os acordos de colaboração premiada têm inclinações a um direito penal de terceira via, em que se erige a reparação do dano como um dos objetivos primordiais da persecução penal (fenômeno da “privatização do direito penal”), em substituição ou atenuação da pena restritiva de liberdade dos réus colaboradores por meio de um contrato.¹³

Mas haveria um certo equilíbrio nessa relação. O colaborador vê sua pena atenuada e, em contrapartida, repara o dano financeiro causado. A sociedade se vê restituída nos valores desviados por meio da corrupção, enquanto ainda terá os meios para levar à responsabilização os agentes delatados pelo colaborador. Esta última hipótese nos parece mais vantajosa do que mandar ao cárcere o agente pelo tempo regular de sua pena, sem, talvez, nunca receber os valores desviados – ou recebê-los somente após anos de litígio, com trânsito em julgado – e tampouco ter provas para a condenação dos seus parceiros.

A corrupção pública pode ser definida como “la degeneración de la función pública para ponerla al servicio del interés particular” e não costuma se apresentar tão facilmente quanto um particular entregando dinheiro diretamente a um servidor público. São práticas complexas e de difícil sanção, mas extremamente sensíveis, pois envolvem o âmbito político e a atividade parlamentária, que possui poder para interceder junto a autoridades e funcionários públicos.¹⁴

E dentro da Administração Pública, é um problema que atinge todos os patamares, “desde o baixo escalão (alvarás, tramitações administrativas dificultadas, fiscalizações desvirtuadas etc.) – denominada pequena corrupção – até as grandes obras e contratações, como práticas ao alcance do alto escalão – a grande corrupção”¹⁵

Já se defende, também, o cabimento do instituto da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa, em mais um esforço de fazer frente à corrupção na Administração Pública. O argumento é de que “o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)

13 SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>. p. 293-294.

14 PORTILLA, Eduardo Riquelme. *El cohecho parlamentario*. España: Aranzadi, 2019. p. 48.

15 CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. O combate à corrupção e o Direito Administrativo. In: *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 165-174, Janeiro-Fevereiro/2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/47.11.pdf?d=636909377789222583>. p. 169.

prevê expressamente uma cláusula geral de autorregramento das partes, permitindo a ampla realização de negócios processuais atípicos (art. 190)”, portanto, sendo a colaboração premiada uma espécie de negócio jurídico processual, possível seria sua utilização na qualidade de negócio processual atípico.¹⁶

Sendo assim, é compreensível que os países fomentem e estimulem as colaborações premiadas, especialmente no âmbito da Administração Pública e das instituições públicas considerando que as informações que os eventuais colaboradores se dispõem a revelar certamente ampliarão a eficácia da persecução e prevenção contra a corrupção e, em geral, contra a criminalidade grave organizada.¹⁷

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dessa breve análise pudemos denotar que a criminalidade organizada grave se tornou um fenômeno para o Direito Penal não só em âmbito nacional, mas, especialmente por sua característica transnacional, para todo o globo.

E a experiência internacional, não diferente da nossa, demonstra que os sistemas de persecução penal tradicionais não possuíam os meios adequados para o seu enfrentamento, tendo o consenso geral sido de derrota frente aos novos e sofisticados esquemas de corrupção.

Diante desse cenário, buscaram-se novas ferramentas de persecução e investigação que pudessem fornecer resultados mais eficientes, mas que fossem ainda dotadas da legitimidade exigida por Estados Democráticos de Direito. Assim, a luta contra a criminalidade organizada e, em especial a corrupção que assola a Administração Pública, abriram um espaço maior para a negociação de acordos de colaboração premiada.

Embora a aplicação alargada do instituto, criticada por alguns por seu viés econômico que teria criado um direito penal de 3ª via, inegável o avanço imprimido pela figura na luta contra a corrupção, seja na investigação, na persecução penal e na própria seara econômica com a reparação do dano por meio de devoluções, apreensões, repatriações e pagamento de multas.

16 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. In: *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal*. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/csr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf. p. 49.

17 ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una “colaboración eficaz” con la Justicia*. España: Wolters Kluwer, 2018. p. 42.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. *A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con la justicia: aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*. Madrid: Dykinson S.L., 2004.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: lições teóricas e práticas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2 ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. O combate à corrupção e o Direito Administrativo. In: *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, n° 47, p. 165-174, Janeiro-Fevereiro/2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/47.11.pdf?d=636909377789222583>

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MENDONÇA, Andrey B. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia de vontade. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. *Delação Premiada: aspectos jurídicos*. Leme: J. H. Mizuno, 2018.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal: recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una “colaboración eficaz” con la Justicia*. España: Wolters Kluwer, 2018.

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38v>.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*: legitimidade e procedimento. 4ª ed. revisada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2019.

PORTILLA, Eduardo Riquelme. *El cohecho parlamentario*. España: Aranzadi, 2019.

SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. In: *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal*. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf.

REFLEXOS DO ART. 28 DA LINDB NA LEI
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
UMA NOVA FORMA DE COMBATE
À CORRUPÇÃO POR MEIO DE UMA
MELHOR GESTÃO PÚBLICA

*REFLECTIONS OF ART. 28 OF THE LINDB IN THE
ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW: A NEW WAY TO FIGHT
CORRUPTION THROUGH BETTER PUBLIC MANAGEMENT*

Murillo Giordan Santos

Doutor e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP (Largo de São Francisco). Professor de direito administrativo. Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Apagão das canetas e dificuldade de gestão; 2 Gestão pública e corrupção; 3 Efeitos da Lei de Improbidade Administrativa na gestão pública; 4 A reação da LINDB: delimitação dos conceitos de culpa e erro grosseiro; 5 A interpretação conforme à Constituição da MP 966/2020 pelo STF: a afirmação da autonomia dos agentes públicos; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar que o art. 28 da LINDB pode ser um novo propulsor no combate à corrupção. Será demonstrado que não se trata, na hipótese defendida, de um enfrentamento repressivo. Ao contrário, defende-se que a garantia de uma gestão pública proativa e criativa, resguardada pela necessidade de demonstração de dolo ou erro grosseiro em face do art. 11 da LIA, trará maior eficiência à atuação estatal, o que desestimulará a buscas de facilidades e ilegalidades pelos interessados. Para tanto, faz uso do método teórico para a análise das fontes bibliográficas sobre o assunto e do método empírico (indutivo) para a análise dos casos concretos. Ao final, constata que o STF, ao conferir interpretação conforme à MP 66/2020, chancelou a previsão do art. 28 da LINDB, abrindo espaço para uma gestão pública eficiente e pautada por critérios técnicos e objetivos, o que desestimulará a busca por práticas de corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Pública. Corrupção. Lei 13.655/2018. Dolo e Erro Grosseiro. Art. 11 da Lei 8.429/1992.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate that the LINDB article 28, might be a new impulse in fighting corruption. It will be demonstrated that, it is not about a repressive confrontation. Instead, it argues that the assurance of a proactive and creative public management, protected by the necessity of demonstrating intention or gross error, under the LIA article 11, will bring more efficiency to the governmental activity, which will discourage seeking the facility and illegality by the interested citizens. Therefore, it makes use of theoretical method for the bibliographic sources analysis about the issue and empirical method (inductive) for the analysis of the specific cases. At the end, it finds that the Federal Supreme Court, giving interpretation according to the MP 66/2020, endorsed the forecast of the LINDB article 28, making way for an efficient public management and guided by objective technical criteria, which will discourage the search for corrupt practice.

KEYWORDS: Public Management. Corruption. 13.655/2018 Act. Intention or Gross Error. LIA article 11.

Introdução

O senso comum formado em torno da corrupção no Brasil levou à adoção de diversas medidas rígidas para combatê-la. Essa rigidez vai além da severidade das punições previstas como decorrência de práticas ilícitas, alcançando regras de gestão rígidas.

No primeiro caso, pode-se citar o art. 11 da 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), cuja interpretação vem sendo alargada para qualificar como ímprobos uma série de condutas de gestão¹. No que se refere às regras rígidas de gestão, a Lei 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas) materializa a diminuição da discricionariedade dos gestores como forma de evitar a corrupção estatal².

Em ambas as situações, no entanto, verifica-se um grave efeito colateral que consiste no engessamento da gestão pública, inibindo a criatividade do gestor em buscar soluções mais ágeis e eficientes para o atendimento das necessidades sociais.

Cria-se, com isso, uma cultura de medo entre os responsáveis pela gestão estatal, que, por temor à rigidez das regras punitivas e por receio à forma como são aplicadas, acabam se agarrando a um formalismo exagerado, que, como mencionado, é adotado por algumas leis justamente como forma de combate à corrupção.

Esse cenário gera uma verdadeira inação da gestão pública brasileira, pois seus artífices ou estão amedrontados de serem submetidos a uma sanha punitivista ou estão submetidos às regras gerenciais extremamente formais, mais voltadas para a própria forma do que para os objetivos que pretendem alcançar.

Não se está a negar os malefícios causados pela corrupção no Brasil e a premente necessidade de combatê-la. Todavia, inobstante a boa intenção do legislador em combater esse mal endêmico que prejudica a sociedade brasileira há tantos anos, não se deve deixar de buscar a

1 Além do caráter genérico e aberto do art. 11 da LIA, a jurisprudência vem alargando ainda mais essa amplitude. Segundo Flávio Unes Pereira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) propugna a insuficiência do dolo genérico como elemento configurador do ilícito de improbidade. Todavia, embora tal entendimento seja um avanço por exigir a presença de dolo para a aplicação do art. 11 da LIA, a análise jurisprudencial demonstra que esse entendimento nem sempre é aplicado. “Isso porque a compreensão do dolo genérico tem sido feita de modo perigoso, desconsiderando elementos importantes, falhando na avaliação probatória e aproximando o dolo genérico de uma verdadeira responsabilização objetiva” (Comentário doutrinário: dolo na improbidade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 451).

2 O maior detalhamento e o casuísmo nas regras de contratação decorrem, segundo André Rosillo de um fetichismo legal. Como consequência houve a “redefinição do eixo da disciplina jurídica das licitações, que passou a se centrar no combate à corrupção” (Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64-64).

harmonia do sistema de combate à corrupção e a eliminação dos efeitos danosos observados, que vêm levando ao chamado *apagão das canetas*.

O medo de agir do gestor público causa dificuldades ao funcionamento estatal, burocratizando ainda mais a atuação administrativa e dificultando os provimentos. Como consequência, a necessidade de driblar os empecilhos burocráticos estimula a corrupção como uma forma de obtenção de “facilidades”³ que deveriam ser naturalmente disponibilizadas pela atividade administrativa de forma indistinta a todos os interessados.

Naturalmente, esses efeitos colaterais geraram reações. Uma delas foi o advento da Lei 13.655/2018, que introduziu novos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com o objetivo de aumentar a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

De acordo com a justificativa que instruiu o Projeto de Lei do Senado 349/2015, que deu origem a essa norma, um de seus objetivos foi justamente impedir a responsabilização injusta de autoridades públicas que tiveram as suas decisões invalidadas pelo Poder Judiciário ou pelos órgãos de controle.

Tal Projeto de Lei redundou na Lei 13.655/2018, cujo art. 28 introduzido na LINDB reproduz o regramento legal para atingir esse objetivo. O foco do presente estudo é justamente analisar a contribuição dessa norma para combater os malefícios causados pelo excesso de punitivismo à gestão pública brasileira, em especial no que se refere à Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Questionar-se-á se os reflexos da LINDB na LIA podem contribuir para uma melhor gestão pública e, ao mesmo tempo, evitar o estímulo à corrupção causada pela busca de facilidades. Essa análise demanda a rediscussão dos conceitos de culpa e erro grosseiro, tal como efetuado pelo art. 28 LINDB.

1 APAGÃO DAS CANETAS E DIFICULDADE DE GESTÃO

Ao criticar o estado de coisas atual no funcionamento do Estado brasileiro, Marçal Justen Filho identifica aquilo que ele denominou de *direito administrativo do espetáculo*, caracterizado por institutos e interpretações distantes da realidade cujo fim é criar um *cenário imaginário e destinado*

3 SUNDFELD, Carlos Ari. Gestão e políticas públicas, regulação e anticorrupção (Palestra). *II Congresso de Combate à Corrupção na Administração Pública: diálogos interinstitucionais*. Escola da Advocacia Geral da União, São Paulo/Capital, 03 de outubro de 2019.

*a produzir o entretenimento dos indivíduos antes do que a efetiva implantação de valores fundamentais.*⁴

Walfrido Warde utiliza imagem semelhante para abordar a corrupção na sociedade brasileira e analisar, de forma crítica, os efeitos que a *espetacularização* do seu combate vem causando ao país. Segundo esse autor, a falta de planejamento e de sincronização da atuação dos agentes envolvidos no combate à corrupção vêm levando à prática de excessos e de transgressões pelo próprio Estado. Como consequência, essa atuação desconforme, sob o pretexto de combater a corrupção, acabou por arruinar diversas empresas e a criminalizar a política como um todo.⁵ De maneira semelhante, é o que também está ocorrendo com a aplicação do art. 11 da LIA. Sob o manto do combate à corrupção, o abuso em sua interpretação está inviabilizando a atuação da gestão pública brasileira.

Um dos fundamentos encontrados para a promoção do *espetáculo* em questão é a preferência por *princípios* em detrimento das *regras*, pois estas últimas possuem conteúdo mais determinado. Com isso dá-se a impossibilidade de uma definição prévia e precisa das condutas toleradas pela ordem jurídica.⁶ Em outras palavras, gera uma falta de limites legais claros, impedindo que o combate à corrupção seja feito com eficiência, honestidade e senso de justiça.⁷ O controle da Administração baseado em princípios e sem regras claras amplia a dificuldade de delimitação das condutas esperadas por parte dos agentes públicos, causando insegurança jurídica e temeridade. É justamente o que se passa com o art. 11 da LIA.

Após analisar diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a aplicação desse dispositivo legal, Flávio Henrique Unes Pereira e Raphael Rocha de Souza Maia concluem que basear a improbidade administrativa na violação a princípios permite abarcar qualquer ilícito na Lei de Improbidade Administrativa devido à vagueza conceitual que permite considerar como elemento punitivo o *dolo genérico* do gestor público. Esse ambiente, aliado às graves consequências punitivas da LIA, cria um cenário de imensa insegurança jurídica, levando ao chamado *direito administrativo do medo* e ao fenômeno do *apagão das canetas*.⁸

4 O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 68.

5 O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 10-11.

6 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 74.

7 WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 46.

8 Direito administrativo do medo, apagão das canetas e improbidade administrativa: por uma reflexão acerca da (in)constitucionalidade da “violação a princípios” como espécie de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 224, p. 15-22, out. 2019, p. 17.

Pesquisa empírica do Instituto de Direito Público (IDP), em parceria com a Confederação Nacional de Municípios (CNM), analisou 806 recursos enviados ao STJ no período de janeiro de 2005 a 27 de julho de 2018, todos versando sobre ações de improbidade administrativa no âmbito municipal. Desse total, 467 recursos diziam respeito a supostos ilícitos decorrentes de violações a princípios da administração pública enquanto somente 346 envolviam prejuízo ao erário. Versavam sobre enriquecimento ilícito somente 88 recursos.⁹

Diante desse quadro, é natural que os atores da gestão estatal, o que inclui os particulares que se relacionam com a Administração Pública, estejam receosos de buscar uma gestão mais eficiente e dinâmica, pois isso requer certa dose de inovação e criatividade, que se quedam minguadas diante do instinto natural de sobrevivência e autopreservação.

Os prejuízos dessa atuação receosa para a gestão pública são imensos. Não que esse seja o único problema da atuação estatal, mas, sem dúvida, deve ser diagnosticado e reparado. O art. 28 da LINDB, introduzido pela Lei 13.655/2018, apresenta-se para remediar esse problema.

Ademais, embora seja causado por justamente pelos métodos dissonantes de combate à corrupção, o apagão das canetas acaba por gerar um outro efeito colateral: o agravamento da própria corrupção, conforme se passa a demonstrar no item subsequente.

2 GESTÃO PÚBLICA E CORRUPÇÃO

A noção de gestão pública está ligada aos movimentos de Reforma do Estado, muitos dos quais inspirados na racionalidade da *Public Management*. Trata-se de uma tentativa de ultrapassar o modelo burocrático weberiano e aproximar a administração do Estado das ideias e técnicas da gestão privada.

Sob certo aspecto, gestão pública significaria superar a atividade de *administrar*, identificada, em seu sentido clássico, como o exercício da autoridade pública dentro de uma estrutura hierarquizada e permeada por uma lógica burocrática weberiana. *Gestionar*, por sua vez, seria uma atividade marcada pela necessidade de inovação sistemática do saber, com o objetivo de empregar o conhecimento como instrumento de melhoria contínua.¹⁰

9 Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/pesquisa-analisa-recursos-de-improbidade-administrativa-no-ambito-municipal>>. Acesso em: 27 maio 2020.

10 HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70468>>. Acesso em: 25 maio 2020.

Portanto, a gestão pública não pode prescindir da necessidade de inovação, pois é ela que impulsiona a melhoria e o aperfeiçoamento das atividades prestacionais do Estado. Aliás, não se pode perder de vista que o grande mote das reformas gerenciais foi justamente conferir maior eficiência à atuação estatal.¹¹ Desse modo, há uma ligação estreita entre gestão, eficiência e inovação, todas voltadas à melhoria da atividade administrativa brasileira.

Ao mesmo tempo, é indiscutível que a corrupção e seus malefícios devem ser combatidos e extirpados do Estado brasileiro, o que passa, sem dúvida alguma, sob a forma de organização e gestão estatal. Há, com isso, ao menos duas grandes questões a serem consideradas pela gestão pública: a busca da eficiência e o enfrentamento da corrupção.

Como demonstrado no item anterior deste artigo, as formas de enfrentamento da corrupção têm causado dificuldades de gestão devido ao temor de responsabilização que faz recair sobre os agentes públicos e em razão da rigidez das regras e procedimentos que impõe.

Tal lógica, no entanto, tem surtido efeito contrário. Na verdade, a rigidez dos procedimentos e a burocratização como forma de controle servem de incentivo à corrupção. O aumento da burocracia muitas vezes faz com que empresas passem a atuar de forma irregular, pois não conseguem atender todas as exigências formuladas. Essa situação propicia o aumento da corrupção, pois dificulta o controle estatal e opaca a transparência. Ademais, tal situação aumenta a exposição dos agentes públicos a tentativas de cooptação por parte de interessados inescrupulosos.

O controle implacável sobre os gestores públicos, com tentativas de responsabilização objetiva pelos seus atos, ao invés de evitar que cedam a esse aliciamento, acabam levando a uma paralisia da gestão pública (o chamado apagão das canetas). Ao mesmo tempo, não é capaz de afastar os agentes públicos mal-intencionados.

A capacidade de inovação, uma das ferramentas da tão desejada administração gerencial, fica deveras comprometida, pois a possibilidade de erro inerente aos processos inovadores faz que os gestores prefiram manter as práticas existentes, mesmo que elas não tragam os resultados necessários, para não correrem risco de penalização pelos órgãos de controle.

11 A Reforma Administrativa da década de 1990 certamente foi mais ampla do que isso, objetivando a alteração do próprio modelo de Estado. De qualquer modo, a grande inspiração das diversas alterações promovidas pela Emenda Constitucional 19/2008 teve como fundamento a busca pela maior eficiência estatal. Sobre o assunto cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-5.c

Inovar requer a experimentação de hipóteses, que, por sua vez, podem dar errado.¹² Não tolerar qualquer tipo de erro inviabiliza a busca por uma gestão estatal mais eficiente. Uma das leis que melhor evidenciam o descompasso do controle com a atuação estatal mais eficiente (que exige busca contínua pela inovação das formas de atuação) é a Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

3 EFEITOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA GESTÃO PÚBLICA

Como bem observa Adilson Abreu Dallari, embora a LIA possua grande utilidade e elevados propósitos, ela também apresenta aspectos negativos, por ter um efeito inibidor da atividade administrativa, na medida em que a simples imputação de improbidade a um agente público honesto acarreta, por si só, danos irreparáveis à sua imagem devido à sua conotação infamante e à severidade de suas medidas cautelares. O respeitado jurista, no entanto, reconhece que o problema não está na Lei em questão, mas na sua má aplicação.¹³

De fato, como exposto anteriormente, o caráter aberto de alguns dispositivos da LIA possibilita interpretação e aplicação extensivas, sendo capaz de abrigar uma gama muito grande de condutas, tornando impossível predeterminar os atos passíveis de serem considerados ímprobos. Tal característica, além da inevitável insegurança jurídica, gera temeridade de atuação por parte dos agentes públicos, que temem, justificadamente, a severidade de seus efeitos.

Um dos dispositivos da LIA de maior controvérsia e que é apontado como um dos grandes causadores da criticada insegurança e imprecisão é o seu art. 11, que qualifica como ato de improbidade aqueles que atentam *contra os princípios da administração pública*. Além disso, estipula um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas como ímprobos, tornando a sua aplicação ainda mais imprecisa.

Trata-se do dispositivo mais aberto da LIA, constituindo uma *regra de reserva*, ou seja, caso não seja configurada lesão ao Erário ou

12 “E há ponto correlato: nem sempre o que é inovador é bom. Experimentos existem para verificar hipóteses. É natural que possam dar errado. Na dinâmica entre avanço e retrocesso de normas jurídicas e realidade, sugerida por Hesse, normas devem avançar, sem se descolar muito do real. Às vezes, o avanço atira em excesso para frente (e se torna inefetivo), ou, simplesmente, não é bom” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017. p. 173).

13 Prefácio. In: HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 6.

enriquecimento ilícito, o agente que praticou o ilícito poderá ser condenado por improbidade por conduta ofensiva aos princípios da Administração.¹⁴

Há controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade desse dispositivo quando confrontado com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Embora a maioria dos autores posicione-se pela sua constitucionalidade¹⁵, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 (LIA), pois a ADI 4.295/DF ainda está pendente de julgamento.¹⁶

Constitucional ou não,¹⁷ o fato é que o art. 11 dessa Lei está trazendo malefícios à gestão pública brasileira devido à vagueza de sua redação e à forma como vem sendo aplicado. A abertura excessiva desse artigo atenta contra o princípio da tipicidade que deve estar presente na definição de qualquer conduta punitiva, seja de natureza penal ou de qualquer outra espécie, inclusive administrativa.

Não se pode negar a necessidade de técnicas flexíveis de normatização, como as normas em branco ou o uso de conceitos jurídicos indeterminados. Porém, no tange às leis sancionadoras, não se pode conceber a delegação total da tipificação da conduta sancionadora, sob pena de inevitável lesão à legalidade e à segurança jurídica.¹⁸

Desse modo, a técnica empregada pelo legislador ao formular o art. 11 da LIA conferiu aos órgãos de controle acentuada subjetividade, o que dá margem a excessos interpretativos prejudiciais ao funcionamento da administração pública.

Se o problema não é a lei, mas a forma como é interpretada e aplicada, resta identificar formas para que ela seja utilizada corretamente. Uma solução seria conferir ao art. 11 interpretação conforme à Constituição, a

14 HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 196-197.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao art. 37 da Constituição Federal. In: *Constituição Federal comentada*. Org. Equipe Forense, p. 512-553. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 542-543.

16 HARGER, op. cit., p. 49.

17 Ainda assim, destaca-se concordância com a opinião do Professor José Afonso da Silva, que se manifesta pela inconstitucionalidade do art. 11 da Lei 8.429/1992 ao comentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal: "O que se extrai do texto constitucional e dessa doutrina é que a improbidade administrativa constitui um desvio de conduta qualificado como dano ao Tesouro, aos dinheiros públicos, não sendo assim caracterizado o simples desvio de finalidade, ainda que em proveito do agente. Neste último caso o ato é inválido, porque a finalidade de interesse público do ato é requisito de sua validade, e pode gerar sanções ao agente, mas não as graves sanções que cominam a uma conduta ímproba. A mera ilegalidade do ato não pode caracterizar ato de improbidade" (Comentário contextual à Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 348).

18 Nesse sentido, cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 240-241; FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.73.

fim de condicionar a condenação por improbidade a uma conduta dolosa que se enquadre em um dos seus incisos.¹⁹

Outra possibilidade seria complementar a sua vagueza com o disposto no art. 28 da LINDB, o que evitaria a responsabilização objetiva dos agentes públicos e devolveria aos gestores públicos a naturalidade para inovar em busca de uma gestão estatal mais eficiente, conforme se passa a discorrer no próximo tópico.

4 A REAÇÃO DA LINDB: DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE CULPA E ERRO GROSSEIRO

Em contraposição aos entendimentos que pretendem restringir a ação do gestor público à *aplicação da lei de ofício*, a Lei 13.655/2018 inseriu novos dispositivos na LINDB com a pretensão de propiciar um novo espaço decisório para a Administração Pública, capaz de propiciar a criação de novas alternativas voltadas para a eficiência.

Entre os novos dispositivos inseridos na LINDB, cabe destacar, para os fins almejados por este artigo, o disposto no art. 28, que traz uma delimitação mais precisa para as hipóteses de responsabilização dos agentes públicos: *O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*

Como demonstrado anteriormente, a temeridade de responsabilização por parte dos agentes públicos tem atrofiado a gestão pública. Ao invés de buscarem novas alternativas para conferir maior eficiência à atuação estatal, preferem, por instinto de sobrevivência, se apegar aos termos estritos da legislação, muitas vezes de forma acrítica e contraproducente.

A intenção do art. 28 da LINDB é justamente resguardar o gestor de boa-fé que *quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir* em razão da severidade do sistema de controles administrativos, permitindo-lhes condição de experimentação de novas práticas de gestão.²⁰

Outra importante consequência da norma em análise é estimular *seleções adversas* para o provimento de cargos públicos. Explica-se: diante da instabilidade gerada pela jurisprudência do *administrador médio*, desestimula-se o agente público criativo, com perfil inovador e interessado na melhoria da coisa pública a se comprometer com novos desafios, transformando-o

19 HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa*: Lei 8.429/1992. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 198.

20 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018, p. 206.

em um aplicador acrítico, um burocrata no sentido pejorativo da expressão. Ademais, abre espaço para que aqueles desprovidos de bons propósitos assumam postos relevantes.²¹

Delimitar os conceitos de *dolo* e *erro grosseiro* ajuda a combater esse quadro caótico.

Entende-se por *dolo* a intenção deliberada de agir de forma contrária à ordem jurídica, em prejuízo à Administração. Já o conceito de erro grosseiro pode ser retirado do art. 12, § 1º do Decreto 9.830/2019, segundo o qual *erro grosseiro* *aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*.

Ambos os conceitos requerem a presença de elemento subjetivo para possibilitar a condenação de agentes públicos por suas decisões ou opiniões, o que afasta a possibilidade de responsabilização objetiva, inclusive nos casos de improbidade. Acaba-se, portanto, com o *crime de hermenêutica*,²² por meio da descriminalização do *delito de opinião*.²³

A preservação do espaço decisório do gestor público probo permite a melhoria constante da gestão pública na medida em que lhe permite inovar em busca de maior eficiência. Como consequência, ao contrário do que afirmam alguns críticos, contribui para o combate à corrupção devido à diminuição da burocracia excessiva, que, por sua vez, é um dos grandes motes para a busca de favorecimentos e facilidades por meios escusos, que levam ao conluio entre agentes públicos desonestos e corruptores privados.

O art. 28 da LINDB também contribui para o combate à corrupção na medida em que diminui a pressão política sobre as áreas técnicas da Administração, muitas vezes coagidas a tomarem decisões favoráveis a interesses não republicanos e de forma contrária a critérios científicos, pois preserva as opiniões *técnicas* e as *decisões* dos gestores públicos.

Outro avanço no combate à improbidade diz respeito ao aumento da transparência decisória exigido pelo art. 28 da LINDB. A preservação das decisões e opiniões técnicas dos agentes públicos somente será possível diante de adequada fundamentação do seu modo de agir, que, por sua vez, impõe uma processualização que impeça que sejam consideradas como dolosas ou provenientes de erro grosseiro. Em contrapartida, tal modo de atuação inverterá e ampliará o ônus do controlador, a quem incumbirá, por

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 131.

22 *Ibidem*, p. 136.

23 MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 93.

meio de provas concretas, demonstrar que o agente público agiu dolosamente para malferir a probidade administrativa ou cometeu erro grosseiro.²⁴

Ainda na esteira do combate à corrupção, acrescenta-se que a delimitação da responsabilização dos agentes públicos trazida pelo art. 28 da LINDB não significa complacência, pois não significa nenhuma simpatia com a desídia, o descuido ou a má gestão, que permanecem merecendo o devido enfrentamento. Deve-se ponderar o equívoco com as motivações e os cuidados que foram tomados.²⁵

Inobstante os inegáveis avanços trazidos pela Lei 13.655/2018, a sua eficácia dependerá de sua aplicação e da respectiva construção judicial, ou seja, o art. 28 da LINDB será realmente aplicado? Em caso positivo, como será aplicado?

Nesse sentido, pode-se verificar que o TCU, por exemplo, mesmo com essa alteração, vem insistindo no critério do *administrador médio*, confira-se:

[...] 44. Entendo, pois, que a conduta desse responsável foge do referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que os agentes respondam pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018) [...].²⁶

Como se vê, a Corte de Contas, no caso em questão, equiparou o erro grosseiro ao seu entendimento sobre o *administrador médio*, ou seja, por tautologia, utilizou a inovação legislativa para manter o seu entendimento anterior ao advento da Lei 13.655/2018.

A esperança de eficácia das inovações trazidas pela LINDB vem com a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento da medida cautelar proferida no bojo da ADI 6.421/DF, em 21 de maio de 2020, cuja breve análise será feita no tópico seguinte.

5 A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DA MP 966/2020 PELO STF: A AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DOS AGENTES PÚBLICOS

No contexto da decretação do estado de pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em razão do Covid-19, foram editadas diversas

24 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 137.

25 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. p. 214.

26 TCU, Plenário. *Acórdão 1.628/2018*. Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 18.07.2018.

normas para combater a estado de calamidade pública gerado pela pandemia. Entre as diversas ações, foi editada a Medida Provisória 966, de 13 de maio de 2020, que trata sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19.

Muitas críticas foram tecidas a essa Medida Provisória. A principal delas foi a de que seria uma tentativa de “blindar” os agentes públicos da responsabilização pelas decisões e opiniões tomadas no contexto da pandemia. Para os propósitos deste artigo, não faz sentido esmiuçar as intenções do Poder Executivo nesse caso ou mesmo as disposições do texto do normativo em questão, que, em grande medida, repete as disposições da Lei 13.655/2018.

Cabe somente sublinhar que a Medida Provisória foi questionada por meio da ADI 6.421/DF, relatada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, ocasião em que o STF fixou a seguinte tese ao deferir a medida cautelar pleiteada:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Como se vê, o STF não fez uso do entendimento do *administrador médio* utilizado pelo TCU, cujo critério de aferição é deveras subjetivo e contrário aos objetivos da Lei 13.655/2018. Ao contrário, a Corte Constitucional brasileira pautou o entendimento acerca do erro grosseiro em critérios objetivos (normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas), ou seja, afastou o indesejado subjetivismo combatido pela LINDB.

Essa decisão levou um grupo de respeitados juristas, entre eles os autores do anteprojeto de lei que redundou na Lei 13.655/2018, a se manifestar nos seguintes termos sobre o entendimento firmado pelo STF:

No julgamento de várias ADIs em face da MP 966 (algumas que, inclusive, pretendiam respingar na LINDB), o STF referendou a

constitucionalidade do preceito mais polêmico da LINDB, o art. 28. Mais que isso: declarou que essa lei tem de balizar juridicamente a interpretação e a atuação dos órgãos de controle, que não podem ignorá-la ou distorcê-la [...]. O STF se pronunciou contra o controle que gera o apagão das canetas. Reconheceu ainda que a LINDB é uma lei geral de hermenêutica, com parâmetros para bem interpretar e aplicar outras leis de efeitos concretos, inclusive a MP 966. O STF foi enfático ao reconhecer que não se responsabiliza o gestor que age de boa-fé, apoiado em parâmetros jurídicos e técnicos adequados. E mais: armou que impedir a submissão de gestores à responsabilização objetiva nada tem a ver com dar salvo conduto para o ilícito e a improbidade dolosa.²⁷

Desse modo, a recente decisão do STF parece abrir caminho para a retomada da criatividade na gestão pública brasileira, permitindo, quiçá, a devolução de uma discricionariedade proativa aos gestores, voltadas para a eficiência da gestão, o que, como demonstrado, também é um instrumento de combate à corrupção.

6 CONCLUSÕES

Procurou-se demonstrar que o combate à corrupção não pode ser feito a qualquer custo. Ao contrário, seus métodos devem ser constantemente reavaliados para verificar a sua eficácia e funcionamento.

No caso analisado, verificou-se que o art. 11 da LIA, em que pese a boa intenção do legislador e dos controladores, vem causando o efeito colateral malévolo de engessar a atuação administrativa por medo de responsabilização, o que, aliado ao engessamento de regras de gestão também motivadas pelo combate à corrupção, levou ao chamado *apagão das canetas*.

O remédio proposto pela Lei 13.655/2018 tem grande aptidão para evitar os mencionados efeitos colaterais. No entanto, sua eficácia depende da atuação dos juristas responsáveis pela sua aplicação. O STF deu seu recado, endossando as alterações legislativas propostas. Ainda assim, sua efetivação dependerá da vigilância dos envolvidos, que deverão cuidar para que as esferas administrativa, controladora e judicial sigam a lei conforme o decidido pelo STF. A reclamação constitucional poderá ser um eficaz instrumento de vigilância.

27 SUNDNFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. alli. *Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966: o terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 31 maio 2020.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao art. 37 da Constituição Federal. In: *Constituição Federal comentada*. Org. Equipe Forense, p. 512-553. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DALLARI, Adilson Abreu. Prefácio. In: HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 5-7.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70468>>. Acesso em: 25 maio 2020.

HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 65/85.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentário doutrinário: dolo na improbidade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 451-458.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; MAIA, Raphael Rocha de Souza. Direito administrativo do medo, apagão das canetas e improbidade administrativa: por uma reflexão acerca da (in)constitucionalidade da “violação a princípios” como espécie de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 224, p. 15-22, out. 2019.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Gestão e políticas públicas, regulação e anticorrupção (Palestra), *II Congresso de Combate à Corrupção na Administração Pública: diálogos interinstitucionais*, Escola da Advocacia Geral da União, São Paulo/Capital, 03 de outubro de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. alli. *Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966*: o terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 31 maio 2020.

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

A PROMESSA QUE A LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO
FOI CAPAZ DE CUMPRIR
THE PROMISE THAT THE
ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW WAS
NOT ABLE TO DELIVER

Carlos Ari Sundfeld

*Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor Titular da FGV Direito SP.
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público*

Ricardo Alberto Kanayama

*Mestre em Direito e Desenvolvimento e Pós-Graduado em Propriedade Intelectual e
Novos Negócios pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O uso (e não uso) dos princípios; 2 À procura do elemento subjetivo da improbidade administrativa; 3 O momento esquecido da decisão: a aplicação das sanções; 4 Conclusão: alguns caminhos e uma provocação; Referências.

RESUMO: Após quase 30 anos de vigência, terá a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) cumprido a promessa de enfrentar com consistência a corrupção e a má gestão pública? Para discuti-lo, este artigo se baseia em estudo empírico, de natureza qualitativa, sobre as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a respeito dos atos de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 c/c art. 12, III, da LIA). O artigo apresenta os resultados relativos à identificação de condutas lesivas a princípios, à fundamentação do elemento subjetivo das condutas e aos critérios de aplicação das sanções, constatando serem recorrentes as insuficiências graves de motivação nas decisões judiciais. A conclusão discute as conexões entre a aplicação da LIA e as alterações feitas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e, ao final, propõe a revisão geral da LIA, que, em sua aplicação cotidiana, não resiste ao teste de consistência.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade Administrativa. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Tribunal de Justiça de São Paulo. Pesquisa Empírica. Fundamentação da Decisão Judicial. Princípios da Administração Pública. Dolo. Sanção.

ABSTRACT: After almost thirty years, has the Administrative Misconduct Law fulfilled its promise to face corruption and public mismanagement consistently? To answer this question, the article is based on an empirical research about qualitative characteristics of judicial decisions of Court of Appeals of São Paulo regarding misconducting acts for violation of public administration principles (art. 11 and 12, III, of LIA). The article presents the results related to the identification of conduct that is harmful to principles, how judicial decisions considered deceit (bad faith) and how they applied the sanctions, noting that serious motivational insufficiencies in judicial decisions are recurrent. Then, we conclude presenting how the Law 13.655/2018, that modified Brazilian Legal Norms Introductory Statute, can improve the application of Administrative Misconduct Law. At last, it is proposed a general review of Administrative Misconduct Law, because the research concluded its application is not consistent.

KEYWORDS: Administrative Misconduct Law. Brazilian Legal Norms Introductory Statute. Court of Appeals of São Paulo. Empirical Research. Judicial Decisions' Motivation. Public Administration Principles. Deceit (bad faith). Sanction.

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei 8.429/1992) foi elaborada como resposta a antigos problemas na gestão pública brasileira. Quando seu projeto foi encaminhado ao Congresso pelo Presidente da República da época, foi justificado como um “marco do processo de modernização do País” e como medida indispensável para conter “a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos”¹.

A LIA seria a consolidação de dois pontos caros à Constituição de 1988 (CRF88). O primeiro, a exigência de que a Administração Pública obedeça a uma série de princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, posteriormente, eficiência) e de regras (sobre limites à propaganda, contratações públicas, gestão dos recursos humanos, etc.). O segundo, a sujeição dos atos da Administração ao controle de órgãos externos independentes, em especial o Ministério Público. Para o exercício dessa função de *accountability* horizontal², “precisávamos de uma norma nova (ilícito de improbidade) para ser usada por instituições novas (mormente o Ministério Público) em um foro diferente (as instâncias iniciais do Judiciário) para combater velhos problemas (corrupção) aplicando sanções duras (...)”³.

Diante da inadequação, para esse fim, de antigos instrumentos de controle da gestão pública (ação popular, ação penal, ação de responsabilidade e punição do enriquecimento ilícito da Lei 3.502/1958) uma das estratégias na redação da nova Lei foi optar por tipos muito abertos, vagos e abrangentes⁴, um “tipo de técnica legislativa [que] vê a Administração Pública e seus gestores com grande desconfiança, defendendo como ideais medidas que importem a máxima ampliação de seus riscos”⁵.

Isto ficou claro na redação do art. 11, que considera como atos de improbidade contra os princípios da Administração Pública os que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e no art. 12, que prevê diversas sanções, mas com parâmetros bem escassos de dosimetria.

1 A Mensagem do Ministro da Justiça da época, Jarbas Passarinho, pode ser lida no dossiê completo digitalizado do PL 1.446/1991, no site da Câmara dos Deputados.

2 O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*.

3 GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. p. 293.

4 As justificativas no Substitutivo do Senador Pedro Simon podem ser lidas no dossiê completo digitalizado do PL 94/1991, no site do Senado Federal.

5 ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. p. 358.

Na expectativa de virar o jogo na luta contra a corrupção e a má gestão, a LIA confere grande discricionariedade a quem acusa e a quem julga, confiando que as características institucionais do Ministério Público e do Judiciário, liberados de amarras legais muito cerradas quanto à tipificação de infrações e à imposição de sanções, serão suficientes para garantir a consistência dessa luta.

Não são desprezíveis os riscos assumidos por esse modelo normativo. O perigo é as facilidades da lei – que orienta pouco a propositura e o julgamento das ações de improbidade – abrirem caminho para práticas inspiradas por idealizações, intuições, desconfianças de princípio contra a gestão política e a política, razões midiáticas, personalismo, reações imprudentes, inércia, etc. Resultado desses desvios são a perda de foco da ação punitiva estatal e o desperdício: Ministério Público e Justiça passam a se empenhar no aumento do número de ações e de condenações judiciais, sem muito aprofundamento quanto aos casos concretos e sem medir o efeito real de todo esse esforço sobre o ambiente público.

O efeito pode ser ruim: inseguros diante do risco de se tornarem alvo de ações de improbidade com resultados imprevisíveis e dispendendo de estruturas públicas frágeis, os agentes administrativos se intimidam, passam a priorizar sua segurança pessoal e, com frequência, cruzam os braços (o famoso “apagão das canetas”). Os números são fortes: entre 2010 e 2015, impressionantes 27% do orçamento dos municípios do Estado de São Paulo ficaram sem execução.⁶ Ao longo do tempo, os prefeitos municipais se tornaram os principais alvos, de modo que as ações de improbidade podem ter a ver com a paralisia administrativa.

A LIA é considerada um marco na judicialização da política no Brasil – dando continuidade ao que a Lei da Ação Civil Pública (LACP) tinha iniciado⁷ – ao permitir amplo controle da finalidade dos atos administrativos⁸. A Lei alterou o modo de se construir o que se chama de “interesse público”; antes competência privativa dos agentes públicos eleitos, a partir de então foi se tornando tarefa dividida entre estes, o Ministério Público e o Judiciário⁹.

Terá sido positivo o resultado dessa divisão? Quase três décadas após sua promulgação, terá a LIA cumprido sua promessa de enfrentar com consistência a corrupção e a má gestão pública? Para sabê-lo, é relevante pesquisar como o Judiciário tem realizado o controle sobre as condutas administrativas acusadas de ímprobas, verificando como as decisões têm

6 LICHAND, Guilherme; FERNANDES, Gustavo. *A abundância e a escassez de recursos no setor público*.

7 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. p. 334.

8 ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. p. 152.

9 SUNDFELD, op. cit., p. 318.

aplicado a LIA e qual o grau de consistência da fundamentação judicial em matéria de improbidade.

Não é tarefa simples, considerando a quantidade de decisões judiciais desde sua promulgação, dos diversos órgãos jurisdicionais e de diferentes instâncias. Diante disso, são fundamentais estudos empíricos de natureza qualitativa¹⁰. Este artigo se apoia em pesquisa sobre as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a respeito dos atos de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 c/c art. 12, III, da LIA), no período de um ano (de 26 de outubro de 2017 a 25 de outubro de 2018), o que resultou, após o refinamento da amostra inicial (524 acórdãos), em um total de 353 decisões¹¹.

A escolha do TJSP se deve à sua representatividade entre os tribunais estaduais do país, por concentrar o maior número de casos de improbidade¹². O foco em pesquisar os resultados ligados ao art. 11 c/c art. 12, III, da LIA se deve à natureza mais aberta dessas normas. Já o recorte temporal se explica pela promulgação da Lei 13.655/2018, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com o objetivo de conferir maior segurança jurídica às decisões administrativa, judicial e controladora. Assim, os marcos temporais são os seis meses anteriores e os seis meses posteriores à entrada em vigor dessa Lei.

Vários resultados foram coletados na pesquisa. O presente texto se propõe a apresentar brevemente os três principais. No primeiro capítulo, será exposto como as decisões usam os princípios para considerar uma conduta como ímproba, ou como não ímproba. No segundo capítulo, serão analisados os fundamentos utilizados para reconhecer (ou não) o elemento subjetivo da conduta ímproba. O tema do terceiro capítulo é a aplicação das sanções aos agentes ímprobos. O quarto e último capítulo, em que está a conclusão, é sobre o modo como as ideias da LINDB vêm

10 Segundo José Rodrigo Rodriguez, *A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito*, p. 86, o estudo empírico é essencial para o controle do poder soberano e para impedir o arbítrio dos órgãos jurisdicionais.

11 Aprofundar em KANAYMA, Ricardo Alberto. *Improbidade por violação aos princípios da administração pública: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo*. A pesquisa (cuja integralidade está no seguinte endereço: <<https://hdl.handle.net/10438/28949>>) usou os seguintes parâmetros no site de buscas de Jurisprudência do TJSP: (i) no campo Ementa, a expressão: <(11 OU princípios OU honestidade OU imparcialidade OU legalidade OU lealdade) E (8.429 OU 8429 OU LIA OU Improbidade)>. (ii) no campo Classe, as seguintes categorias: <Recursos (apelação cível, apelação/remessa necessária, remessa necessária cível)>. (iii) no campo Data do Julgamento, o seguinte intervalo: <26/10/2017 até 25/10/2018>. A amostra final abrangeu todas as 13 Câmaras de Direito Público competentes, 78 julgadores diferentes (desembargadores e juízes substitutos de 2º Grau), e apelações provenientes de 165 comarcas do total de 322 que integram o Estado de São Paulo.

12 Alguns estudos que apontam isso: SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da. *A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa*. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*.

sendo usadas pelos tribunais, ainda que não expressamente, e como ela pode aperfeiçoar em parte a aplicação da LIA. Ao final, o texto deixará uma provocação ao leitor sobre a necessidade de correção de rumos por meio da revisão geral da LIA.

1 O USO (E NÃO USO) DOS PRINCÍPIOS

Na doutrina, o art. 11 da LIA é alvo de intensos debates. Há defensores e há críticos, a ponto de alguns sustentarem que ele é inconstitucional¹³. Para além disso, discute-se sobre o modo de aplicação dos princípios. Para alguns, o princípio da legalidade se destacaria em relação aos demais, de modo que só haveria ato de improbidade quando houvesse violação a alguma regra expressa¹⁴. Outros autores, defendendo a tese da juridicidade, sustentam a aplicação direta e imediata de qualquer princípio, ou seja, entendem que é dispensável a ofensa de uma regra para que exista ato de improbidade¹⁵.

Mas como os princípios têm sido usados nas decisões do TJSP? Duas foram as principais conclusões da pesquisa. A primeira é que, na maior parte dos casos, não há esforço para determinar o princípio violado e por que o princípio foi violado – que de resto não tem relevância real no julgamento.

Os resultados da pesquisa apontaram uma diferença de fundamentação entre as decisões que absolvem e as que condenam. Nas primeiras, os princípios em espécie tendem a não ser sequer mencionados; simplesmente se afirma que “não houve improbidade” ou “não era caso de improbidade”. Já nas decisões condenatórias, em que o ato de improbidade é reconhecido e que totalizaram 244 dos 353 casos, a pesquisa concluiu que mais de 60% delas tem aplicação genérica de princípios. As decisões judiciais nessa matéria se assemelham mais a *atos de vontade* do que a atos de cognição.

Por aplicação genérica, compreendem-se as decisões afirmando simplesmente que “os princípios da administração haviam sido violados” ou que, apesar de mencionarem princípios específicos, deixam de explicar o motivo para se concluir por sua violação. Já por aplicação parcialmente genérica, compreendem-se as decisões que citam conceitos dos princípios presentes na doutrina, mas não os contextualizam no caso concreto. São decisões com *textos-padrão*.

13 Por exemplo, HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*.

14 Por exemplo: SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*.

15 Por exemplo: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*.

Mesmo nos casos em que a pesquisa identificou esforço de fundamentação quanto ao princípio envolvido, o que realmente determina a decisão condenatória não é a violação dele, mas a constatação de ocorrência de *desvio de finalidade do ato* ou a *omissão em executar ato de ofício* (hipóteses previstas, respectivamente, nos incisos I e II, do art. 11, da LIA). Em suma, *o princípio abstrato nada tem a ver com a conclusão judicial*.

Ademais, a pesquisa demonstrou que para as mesmas categorias de fatos – contratação de serviços, por exemplo – diferentes decisões entendem que diferentes princípios e deveres são violados. Em outras palavras, casos com características similares ou idênticas são solucionados com a aplicação de princípios e deveres diferentes: em um a moralidade, impessoalidade e legalidade podem ser mencionados, ao passo que em outro, apenas se menciona a legalidade e o dever de honestidade, por exemplo. As fundamentações parecem *aleatórias*, baseadas em *palavras-coringa*.

Todos esses fatos levam a concluir que os princípios, na maior parte das vezes, assumem *função ornamental* – de enfeite – na decisão judicial. Se eles não estivessem na decisão, nenhuma diferença faria para o resultado final. Assim, usá-los (ou não) é irrelevante. A invocação, muito difusa ou específica, de princípios como parâmetro do julgamento da improbidade acaba servindo para ocultar os motivos reais da condenação ou da absolvição. Os princípios não conferem consistência ao trabalho judicial.

A esta primeira conclusão se liga a segunda, de que a violação da legalidade estrita (violação de alguma regra específica) é fator determinante nas ações de improbidade. Uma das variáveis construídas na pesquisa foi para saber como o juízo de legalidade interferia no julgamento da improbidade. Dos 353 casos, em 241 há processo de subsunção da norma ao fato, ou seja, o julgador apreciou se alguma regra legal – da Lei nº 8.666/1993, por exemplo – foi (ou não) violada pelo agente público. Mais do que isto, notou-se a *coincidência entre ilegalidade e improbidade*, ou seja, quando se constata ilegalidade, conclui-se ocorrida a improbidade, e vice-versa. Poucos casos foram desviantes.

Em reforço à primeira conclusão, no sentido de que os princípios são enfeites na decisão judicial, percebeu-se que, em muitas decisões que mencionam princípios, teria bastado a citação de uma regra, que se identificara como violada. Não era necessário apelar ao princípio, ainda que ele pudesse ter conexão lógica distante com a regra. Isso mostra que na prática judicial não prevalece a ideia de que “a improbidade não é sinônimo de ilegalidade”, embora esta ideia seja correta e muito repetida em decisões e obras doutrinárias. No mundo real dos julgamentos, *a simples ilegalidade (sem prova de dano nem de enriquecimento ilícito) é a causa principal das condenações por improbidade*.

Essa constatação não leva a uma avaliação positiva da experiência com as ações de improbidade. Essas ações não foram criadas para corrigir simples ilegalidades, pois para isso existem mecanismos judiciais mais adequados (ações de anulação, mandados de segurança, ações populares e, no que interessa à iniciativa do Ministério Público, ações civis públicas). O objetivo principal declarado das ações de improbidade é outro: é perseguir e punir pessoalmente, com severidade, agentes públicos nocivos (e, segundo concluiu a jurisprudência, também os agentes privados que a eles se associem). Não tem sentido punir como ímprobo o agente público pela mera circunstância de sua decisão ter sido revista pelo controlador – aliás, pela mesma razão que não se pune o juiz cuja sentença seja revista pela instância superior. Em suma: *as ações de improbidade estão sendo dirigidas contra os alvos errados e isso tem efeitos perversos para a gestão pública, gerando injustiça e induzindo ao apagão das canetas.*

A conclusão é que o tipo *violação a princípios da Administração Pública* é não apenas inútil, mas também inconsistente com o objetivo das ações de improbidade. A confusão dos princípios tem gerado dificuldades sérias ao julgador da improbidade. É um fator de desvio e desperdício da atuação judicial.

2 À PROCURA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Se os princípios constituem motivo de intensas discussões em matéria de improbidade administrativa, não menos problemático é o tratamento do elemento subjetivo. É verdade que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou algumas teses sobre o tema: (i) é vedada a responsabilização objetiva do agente, exigindo-se dolo no caso do art. 11¹⁶; (ii) este dolo não precisa ser específico, bastando o genérico¹⁷; (iii) a LIA visa punir não o inábil, mas o desonesto que atua com má-fé¹⁸.

Contudo, como a literatura mais atenta já destacou, essas teses não têm contornos precisos. Vivian Ferreira, ao analisar os votos no

16 Segundo a Jurisprudência em Teses, Edição 38, do STJ: “1) É inadmissível a reponsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa, nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.”

17 Segundo a Jurisprudência em Teses, Edição 40, do STJ: “9) O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.”

18 Por exemplo, no acórdão AgInt no AREsp 569.385/SE, do STJ, afirmou-se, citando vários precedentes da Corte, que “a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e de boa-fé.”

acórdão do STJ que deu origem ao entendimento sobre o dolo genérico em improbidade, mostrou que os Ministros não fazem a distinção necessária entre vontade e voluntariedade, nem definem o significado de *consciência da ilegalidade da conduta*.

Verifica-se, portanto, uma divergência entre os ministros quanto aos contornos do dolo genérico que se pretendeu definir: se, por um lado, o Ministro Humberto Martins sustenta que o dolo seria natural, correspondente à simples vontade de fazer algo, não importando a consciência da ilicitude, por outro lado, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques parece basear-se na ideia de que o dolo envolve os elementos normativos do tipo proibitivo, de modo que, ainda que não se exija comprovação de que o agente visou enriquecer ou se favorecer, ainda assim seria o caso de indagar se tinha consciência (ou deveria ter) de que estaria a violar um princípio regente da Administração Pública ao agir da forma como agiu.¹⁹

Ademais, as teses acabam confundindo dolo com má-fé, que, a rigor, seriam institutos complementares, mas não coincidentes²⁰. Diante desses problemas teóricos, e considerando que o elemento subjetivo deveria ser determinante nas ações de improbidade – pois é ele que, em tese, pode separar uma ação ilegal de uma ação ímproba – a pesquisa se propôs a identificar como as decisões do TJSP estavam tratando o dolo ou sua ausência.

Nesse ponto, duas foram as constatações. A primeira é que tem ocorrido uma “erosão dos filtros da improbidade”²¹: não são poucas as decisões sem fundamentação acerca do elemento doloso nas condutas, tanto para condenar, quanto para absolver.

A não fundamentação se dá por diferentes formas. A primeira é simplesmente ignorar qualquer investigação da consciência da ilicitude na conduta do agente público. Ocorre, nesses casos, um “salto” da ilegalidade para a improbidade: identifica-se a ilegalidade no comportamento e, logo após, ainda que se afirme em abstrato a necessidade do dolo, reconhece-se automaticamente a improbidade.

19 FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. p. 14 – 15. No mesmo sentido NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. p. 83.

20 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. p. 179.

21 Aproveita-se, aqui, da feliz expressão cunhada por Anderson Schreiber, na obra “Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos”, ao tratar da “erosão dos filtros da responsabilidade civil”, ou seja, da descon sideração dos requisitos culpa e do nex o causal para a responsabilização por danos.

Outra forma de ignorar o elemento doloso na violação aos princípios da Administração Pública é afirmar que tal elemento seria desnecessário ou de que há improbidade mesmo sendo duvidosa sua presença, por o ponto não estar esclarecido suficientemente. Em outras oportunidades, as decisões condenam o agente público em razão da culpa, não obstante o art. 11 exija o dolo.

Essas duas formas envolvem, na prática, o uso de uma espécie de *presunção genérica de improbidade*, cujo efeito é baralhar os conceitos de ato ilegal e ato improbo.

Contudo, uma das formas mais recorrentes desta erosão do elemento subjetivo é o uso, para condenar, de *presunções mais específicas*, como as exemplificadas nestas expressões: o agente tinha (ou devia ter) conhecimento da ilegalidade; o agente tinha o dever de conhecer a lei; a formação do agente era suficiente, por si só, para comprovar seu conhecimento da ilegalidade; o agente público exercia o poder hierárquico sobre outros agentes; a conduta já era suficiente para revelar a intenção. Outra situação é simplesmente presumir que o agente quis se beneficiar, ou beneficiar terceiro.

Todas essas presunções cabem no chamado dolo genérico, o que acaba demonstrando que ele é, na verdade, um atalho para as decisões de improbidade. Em outras palavras, se não há prova concreta de que o agente público, de fato, conhecia a ilegalidade, apela-se ao termo dolo genérico para condená-lo, ou ao terceiro, por presunção. Diante disso, a literatura tem demonstrado preocupação com certa linha de argumentação difícil de ser rebatida pela defesa, que criaria um “círculo vicioso e tautológico”:

- a. Ao agir de forma contrária a uma lei (ou ao entendimento que dela tem o órgão que futuramente analisará eventual ação por ato de improbidade administrativa), o agente público viola o dever de observar os princípios que regem a Administração Pública;
- b. Mesmo que não se tenha indicação de que a vontade do autor se dirigiu a uma finalidade específica, era certo que competia a ele conhecer os ditames da lei (ou da interpretação que dela tem o órgão julgador);
- c. Assim, no mínimo o agente público deveria saber que o resultado da ação poderia acarretar o fim contrário à norma.²²

Conclui-se que “difícilmente se pode imaginar hipótese em que o acusado, nessas circunstâncias, logre desvencilhar-se da teia que

22 NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. p. 86.

enredado”²³. No entanto, a pesquisa mostrou que se houver “sorte”, o agente público poderá se desvencilhar desta teia.

E, então, se chega à segunda conclusão sobre o modo como as decisões do TJPS têm fundamentado o elemento subjetivo da conduta de improbidade: as teses construídas pelo STJ quanto ao tema são atalhos perigosos e volúveis, que permitem aos julgadores chegar a diferentes conclusões – absolvição ou condenação – ainda que tratem da mesma situação. O que se quer dizer com isso?

Tal como já havia sido diagnosticado na jurisprudência do STJ²⁴, percebeu-se que, quando se condena, as decisões usam a tese da suficiência do dolo genérico, ainda que sem analisar na fundamentação se o agente conhecia ou não a ilicitude. E, quando se absolve, geralmente se usa a tese de que a LIA visa a punir só o desonesto e o desprovido de boa-fé.

Essa constatação foi obtida pela comparação de decisões envolvendo categorias de fatos similares ou idênticas e, até mesmo, nos poucos casos com resultado por maioria de votos. Nestes últimos, ficou bastante evidente que um julgador condena por visualizar dolo genérico, ao passo que outro absolve por não verificar má-fé ou desonestidade.

Não é possível, sob pena de a decisão não ter coerência interna²⁵, usar as teses sobre improbidade concomitantemente, pois elas se anulam. Há um problema na justificação externa das decisões²⁶: as teses não são sólidas. Daí porque a pesquisa chamou as teses de “atalhos perigosos”: dependendo da sorte do agente público, o julgador tomará um atalho e o absolverá, ou outro atalho e o condenará.

É importante a ressalva: nem todas as decisões padecem deste problema. Parte delas consegue, a partir de outros fundamentos mais concretos, encontrar o elemento subjetivo na conduta. E o fazem não por usarem uma ou outra tese, mas por atentarem às circunstâncias que envolvem a conduta, a fim de saber se o agente público tinha real consciência da ilegalidade que estava praticando, se havia alguma finalidade escusa ou objetivo ilícito; são decisões que prestam atenção ao contexto, sem apelar às presunções. Este, aliás, tem sido um caminho apontado nas ações de improbidade²⁷, mas sobre isto se tratará na conclusão. Antes, convém expor como as decisões aplicam as sanções.

23 NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política*. p. 86

24 GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*. p. 315 – 316.

25 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito processual civil*. p. 82

26 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. p. 84.

27 FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa*. p. 19

3 O MOMENTO ESQUECIDO DA DECISÃO: A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

Na LIA, a natureza aberta não se limitou à tipificação das condutas (os princípios) ou a seus requisitos (o elemento subjetivo). As sanções foram tratadas da mesma forma. No art. 12 há quatro incisos que repetem a mesma série de sanções, com pouca variação. Ao contrário de outras leis punitivas, como os Códigos de Trânsito e Penal, a LIA não relacionou condutas específicas às sanções correspondentes, ou seja, em verdade não definiu em quais situações determinada sanção seria adequada ou obrigatória.

Estudo atento das sanções da LIA mostra que todas carecem de contornos definidos quanto a seu alcance e a sua abrangência. Qual função o agente público deve perder? A proibição de contratar se estende a contratos de quaisquer entidades estatais ou é limitada a contratos da entidade lesada pelo ímprobo? A Lei não responde.

Tampouco a LIA trouxe parâmetros robustos para a fixação das sanções, limitando-se a critérios como *gravidade da conduta*, *extensão do dano* e *proveito patrimonial do agente* – claramente insuficientes, pois o art. 11 dispensa, para a configuração da improbidade, a ocorrência de dano e de enriquecimento ilícito. O texto da LIA “é menos para especificar e precisar que para apanhar e abranger», ela “não se preocupa muito com circunstâncias da gestão administrativa, com exceções, excludentes ou atenuantes”²⁸.

A Lei parece ter apostado no senso de “razoabilidade” e de “proporcionalidade” dos julgadores de todo o país, em todas as instâncias, uma aposta arriscada. Quais os efeitos disso nas decisões judiciais?

Segundo identificou a pesquisa, em pelo menos metade dos casos em que a improbidade foi reconhecida os acórdãos não têm qualquer fundamentação quanto à escolha judicial das sanções; sanções são impostas sem nenhuma menção aos critérios legais. Na outra metade, em geral há simples remissão mecânica aos parâmetros do parágrafo único do art. 12 (*extensão do dano* e *proveito patrimonial do agente*), sem real justificação ligada ao caso concreto.

São também recorrentes frases vazias para justificar a dosimetria: “a irregularidade praticada não foi de grande monta e não resultou em maiores prejuízos à Administração Pública”; “são compatíveis com a gravidade da infração e com os limites legais, de modo que ficam mantidas”; “tendo a sanção sido aplicada aos apelantes no mínimo legal, não há falar em sua alteração, devendo ser mantida”; “havendo de se afastar as demais sanções, mais rigorosas, reservadas a condutas de maior potencial ofensivo, as

28 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. p. 330.

quais aqui não se justificam, considerando o grau de reprovação social das condutas ímprobas de que se está tratando”.

Em suma, em verdade as decisões não explicam por que a conduta é reprovável, por que a conduta é grave, por que há pertinência da sanção ao caso concreto, qual a finalidade desta ou daquela sanção, em que se baseia a afirmação de que o dano é de alta monta, com qual critério se mediu a proporcionalidade da sanção.

A pesquisa não identificou esforço do Tribunal para estruturar parâmetros que orientem a aplicação de sanções, garantindo sanções similares para casos similares (como usar precedentes para definir o valor da multa em um novo caso). A falha não é peculiaridade deste Tribunal de Justiça: outros estudos constataram que também o STJ tem se eximido de construir parâmetros de dosimetria²⁹.

Assim, foi comum encontrar decisões que, para fatos com características semelhantes às de casos anteriores, aplicam sanções diferentes – ou que, para casos bem diversos, dão as mesmas respostas sancionatórias. O problema, claro, não está na identidade ou diversidade da solução, mas na falta de justificativa da escolha das sanções, que soam como aleatórias.

A conclusão deste tópico, portanto, é no mesmo sentido do que alguns autores já destacaram em relação ao Direito Penal:

a sanção tem assumido a forma de uma *mera consequência* da decisão sobre a imputação. Trata-se de uma *mera consequência sem material para refletir e discutir* o caso concreto, o que, muitas vezes, pode esvaziar o processo decisório, reduzindo-o a um cálculo aritmético.³⁰

4 CONCLUSÃO: ALGUNS CAMINHOS E UMA PROVOCAÇÃO

As conclusões apresentadas neste texto são algumas dentre as encontradas na pesquisa sobre as decisões do TJSP quanto à improbidade por violação aos princípios da Administração Pública. Os resultados encontrados têm representatividade limitada, não permitindo uma generalização estatística. De qualquer modo, como recorte dessa prática judicial, eles apontam problemas que não podem ser desprezados.

A pesquisa não se limitou à análise quanto à consistência da fundamentação das decisões judiciais. Alguns caminhos foram encontrados. Uma das preocupações foi explorar a conexão entre o conteúdo da Nova LINDB (Lei 13.655/2018) e a aplicação da LIA. Como essa lei era ainda

29 SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. *Probidade administrativa como direito fundamental difuso*. p. 216.

30 MACHADO, Maíra Rocha. *Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas*. p. 190.

muito recente no período abrangido pela pesquisa, naturalmente nenhum dos acórdãos a citou. No entanto, seu conteúdo esteve presente. Como assim?

Observou-se que algumas decisões se utilizam de raciocínio compatível com a busca da segurança jurídica pretendida pela nova LINDB. Por exemplo: certos acórdãos, ao usarem princípios como justificativa, cumpriram o ônus argumentativo correspondente (art. 20 da LINDB); outros acórdãos ponderaram as consequências da eventual omissão do agente público (analisando as exigências, obstáculos e dificuldades reais do gestor, como exige o art. 22, *caput*); alguns fizeram teste de deferência em relação ao ato administrativo³¹.

O ponto que mais se destacou em certos acórdãos foi o esforço de contextualização das condutas em julgamento, como disposto no art. 22 da LINDB. Esta foi uma contribuição da nova LINDB: ser um “projeto antirromântico ou anti-idealista”, tendo como objetivo “introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público”³². Fala-se muito em exercício de empatia do controlador em relação ao controlado.

Algumas decisões materializaram o significado de “obstáculos e dificuldades reais” da gestão pública: problemas financeiros de pequenos municípios, escolhas trágicas dos administradores, dificuldades na interpretação da norma de comando. Contudo, como a literatura tem destacado, as justificativas do agente administrativo devem ser sérias, verdadeiras e convincentes na demonstração de que a sua ação foi limitada, imposta ou condicionada pela realidade³³; sem isso, as decisões judiciais as consideram insuficientes.

A constatação relevante é que tais justificativas são apreciadas e contextualizadas pela Justiça, de modo que a qualidade da fundamentação das decisões desta depende da qualidade da fundamentação do ato administrativo. O ônus argumentativo é tanto do controlado quanto do controlador – e o desempenho de um interfere diretamente no do outro.

Ainda, percebeu-se que o conceito de erro grosseiro (art. 28 da LINDB) pode auxiliar na análise das ilegalidades e do elemento subjetivo, não obstante o art. 11 da LIA exija dolo e não culpa. Por fim, o §§ 2º e 3º, do art. 22 da LINDB (sobre critérios de aplicação de sanções), podem, embora timidamente, contribuir para fundamentações mais robustas na imposição das sanções de improbidade e para chamar atenção ao problema

31 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. p. 11.

32 JORDÃO, Eduardo. *Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. p. 65 – 66.

33 *Ibidem*, p. 74.

não resolvido das múltiplas sanções para os mesmos fatos, impostas por esferas de controle diferentes.

Não obstante os caminhos encontrados para aperfeiçoar a aplicação da LIA com a LINDB, os problemas são tão sérios que esta última lei não será capaz de compensar as falhas todas da primeira. Por isso, este texto deixa uma provocação.

Com quase trinta anos de vigência, ainda se observam problemas muito graves na fundamentação das decisões judiciais em matéria de improbidade administrativa. As teses construídas pelo STJ não têm se mostrado suficientes para a aplicação consistente da LIA. Tampouco a doutrina tem ajudado nesta tarefa, em parte porque suas ideias são ignoradas pelos tribunais³⁴. Esta é a conclusão da pesquisa, a partir dos resultados encontrados.

O problema não parece estar apenas nas práticas judiciais. A volubilidade – a escolha de um atalho ao invés de outro – não é característica de julgadores específicos, pois a prática é generalizada. Não dá mais para ignorar que a redação da LIA é que incentiva a volubilidade das decisões.

Chegou a hora de uma alteração substancial na LIA – não mais mudanças incrementais, como costuma ser. É preciso conferir densidade bem maior às suas normas, tanto no que diz respeito às infrações, como às sanções. A LIA é boa para gerar manchetes, mas não ajuda à luta consistente contra a corrupção, tampouco à melhoria da gestão pública. Ela não foi capaz de cumprir sua promessa. É o que sugerem os dados da pesquisa utilizada neste artigo. Não há razão para mantê-la como testemunho de nossa tendência ingênua de, ignorando a técnica, acreditar em simples promessas.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ, Editora Sumaré e Fapesp, 2002.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1.446/1991*. Dossiê completo digitalizado. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2D37E484D9381679B4A9709E498D52EB.proposicoesWebExterno1?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 08 fev. 2020.

³⁴ A pesquisa constatou essa irrelevância ao buscar identificar não só quais autores citados, mas também o modo como suas ideias são utilizadas pelas decisões judiciais.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 94/1991*. Dossiê completo digitalizado. Brasília. Obtido através do Sistema de Informação ao Cidadão do Senado Federal, protocolo nº 0011869/18 PA, recebido por e-mail [de SIC@senado.leg.br para ricardo@kanayama.adv.br] na data de 20/09/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 569.385/SE*. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília. Julgamento em: 02/10/2018 (2018a). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1571013&tipo=0&nreg=201402131991&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190306&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Jurisprudência em Teses, Edição 38: improbidade administrativa - I*. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Jurisprudência em Teses, Edição 40: improbidade administrativa - II*. Brasília, 2015c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2040%20-%20Improbidade%20Administrativa%20-%20II.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 15, n. 3, p. 1 – 31, set./dez. 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 63 – 92, out. 2018.

KANAYAMA, Ricardo Alberto. *Improbidade por violação aos princípios da administração pública: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2020. 274 f. Dissertação de Mestrado em Direito, FGV Direito SP, São Paulo, 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28949>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

LICHAND, Guilherme; FERNANDES, Gustavo. A abundância e a escassez de recursos no setor público. *Valor Econômico*. São Paulo, 16 de abril de 2020, p. A10.

MACHADO, Maíra Rocha. Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, SP, v. 126, p. 181 – 223, dez. 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, V. 44, p. 27 – 54, 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. SBDP. 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2020.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2019.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da (coord.). *A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa*. Relatório de pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, no projeto “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 34: improbidade administrativa. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. *Probidade administrativa como direito fundamental difuso*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa: teoria e prática*. 3. ed. revisada e atualizada. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUPER-CORRUPTION AND ITS IMPLICATIONS FOR CRIMINAL PROSECUTION

*SUPER CORRUPÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O
PROCESSO CRIMINAL*

Eduardo Salcedo-Albarán

Director, Scientific Vortex Foundation and SciVortex Corp – esa@scivortex.org

Luis Jorge Garay-Salamanca

Scientific Director, Vortex Foundation and SciVortex Corp – ljpg@scivortex.org

SUMÁRIO: Introdução; 1 The “Lava Jato” Network; 1.1 The “Lava Jato Brazil” Network; 1.2 The “Lava Jato Peru” Network; 2 The “Lava Jato” Super-structure; 3 Final discussion: Super-Corruption and its Implications; Bibliography.

RESUMO: Ao aplicar a análise criminal de redes, é possível identificar características complexas das redes de super-corrupção. O objetivo deste artigo é discutir as implicações dessa complexidade no processo criminal de super-corrupção, discutindo a super-rede “Lava Jato”. O artigo possui quatro partes. Após a introdução, a segunda parte apresenta as características das redes “*Lava Jato Brazil*” e “*Lava Jato Peru*”. A terceira parte apresenta a super-rede de corrupção “*Lava Jato Brazil and Peru*”. Na quarta parte, são discutidas as implicações para o processo criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Criminal de Redes. Super-corrupção; Lava Jato Brasil. Lava Jato Peru. Persecução Penal.

ABSTRACT: Applying Criminal Networks Analysis, it is possible to analyze complex characteristics of super-corruption networks. The objective of this article is to discuss implications of that complexity in prosecution of super-corruption, by discussing “Lava Jato” super-network. The article consists of four parts. After the introduction, in the second part the characteristics of the networks “Lava Jato Brazil” and “Lava Jato Peru” are presented. In the third part it is presented the super-network of corruption “Lava Jato Brazil and Peru”. In the fourth part the implications for prosecution are discussed.

KEYWORDS: Criminal Network Analysis; Super-Corruption; Lava Jato Brazil. Lava Jato Peru. Criminal Prosecution.

INTRODUCTION

Although prosecution and sanction of crimes are conducted through *cases*, systemic corruption (Klitgaard, 1998), the most harmful type of corruption, is a process and not a collection of cases. Types of systemic corruption -such as *grand corruption* (Rose-Ackerman, 2002) or *macro-corruption*, and *institutional co-optation* (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018)- are systems and continuums of individuals and social groups that interact across time. Therefore, for instance, Chayes (2017) describes corruption observed in Honduras as an *operating system*.

Systems consists of interacting parts, and social systems consist of interacting social agents. Even when a *case* of systemic corruption finishes through a judicial sentence, it is naïve to expect that every component of the system stops operating and that no further political, social and economic repercussions happen, especially when the system is complex. Therefore, even when a defendant involved in a case of systemic corruption is convicted, the corrupt system continues operating. This systematicity, sometimes acknowledged in the analysis of crime as “multinational systemic crime” (Wang & Wang, 2009), has been particularly registered in corruption in Latin America (Rotberg, 2019).

Although the concept of *organized crime* doesn't imply the dynamism of criminal *systems*, it is commonly used to refer criminal phenomena that “involves the pursuit of profit through illegal activities by an organized hierarchy that shows continuity over time” (Varese, 2017, p. 28). However, the hierarchical continuity implied by the *organized crime* concept is practically non-existent in social reality; as a dynamic phenomenon, systemic corruption is better understood through the conceptual lens of *connections*, *networks* and *systems*, than through concepts referring to stationary organization and hierarchy. This explains why the concept of *network* “entered a (still limited) number of definitions of organized crime” since the nineties (Varese, 2017, p. 35).

A *network*, defined as a set of nodes, permanently changes across time, especially when it is social. When nodes that represent social agents connect and disconnect, the size and structure of social networks change; therefore, in practical terms social networks don't remain in permanent stasis (Csermely, 2006). Since networks of systemic corruption are complex, they are dynamic, composed by changing entities and changing hierarchies.

To analyze the complexity and dynamicity of systemic corruption, in the last decade various theoretical and methodological approaches have been proposed. For instance, Garay *et al* (2008) defined *Co-opted State Reconfiguration* as an ulterior stage of systemic corruption that involves

private and public agents interacting in lawful and unlawful social sectors, not only through bribery. Subsequently, by applying the methodological approach of *criminal networks analysis* it has been empirically observed that networks of Co-opted State Reconfiguration sometimes involve hundreds or even thousands of interacting social agents.

The methodological framework of *criminal networks analysis* used in this paper allows “understanding individual and group characteristics of natural and juridical agents, as well as their types of interaction” (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018a). *Criminal networks analysis* is based on Social Networks Analysis concepts and methodologies (Degenne & Forsé, 1999; Carrington, Scoot, & Wasserman, 2005; Csermely, 2006; Borgatti, Mehra, Brass, & Labianca, 2009), and it is mainly applied to integrate large datasets of interactions (DoIs), to model and analyze structural characteristics of large-scale illicit networks. Those illicit networks have been observed and analyzed at the local, regional and national levels of countries in Latin America (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, & Beltrán, 2010b; Garay Salamanca & Salcedo-Albarán, 2012; Garay & Salcedo-Albarán, 2012; Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, & Duarte, Elenopolítica: Reconfiguración cooptada del Estado en Arauca, Colombia, 2017), Africa (Salcedo-Albarán, Goga, & Goredema, 2014; Hübschle, 2017) and Eastern Europe (Petrunov, 2013).

Criminal networks analysis also allows understanding the structural characteristics of interacting nodes referred herein as nodes/agents, considering the agency of natural and juridical persons. Some of the analyzed structural characteristics that can be analyzed are (i) amounts and types of intervening nodes/agents, (ii) amounts and types of interactions established, (iii) the most connected node/agent, referred as hub and registering the highest indicator of direct centrality, and (iv) the node/agent with the highest capacity for intervening across the routes of the network, referred as structural bridge and having the highest betweenness indicator (Degenne & Forsé, 1999; Carrington, Scoot, & Wasserman, 2005).

Based on the concept of Co-opted State Reconfiguration and the application of criminal networks analysis, Garay et al. (2018) proposed the concept of *macro-corruption and institutional cooptation* to highlight the complexity of networks of systemic corruption and institutional cooptation. These networks that can be defined as *macro* due to its scale and complexity, as networks “that surpass by two-fold the maximum amount of nodes that can be analyzed in a social network” without computational tools (Salcedo-Albarán & Garay-Salamanca, Macro-Criminalidad: Complejidad y Resiliencia de

las Redes Criminales, 2016, p. 16), considering that it is impossible for the human brain to remember and understand social networks larger than 300 nodes/agents. Specifically, the concept of macro-corruption and institutional cooptation was proposed to analyze the largest network of corruption known: “*Lava Jato*” (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018; Salcedo-Albarán E. , Garay-Salamanca, Macías, & Santos, 2018f).

Bearing this in mind, the objective of this paper is to discuss some implications for criminal prosecution, that result of acknowledging the complexity of macro-corruption networks. This discussion will be based on the characteristics of models of the “*Lava Jato*” network. The paper consists of four sections that include this introduction. In the second section, the characteristics of the networks “*Lava Jato* Brazil” and “*Lava Jato* Peru” are presented. In the third section it is discussed the transnational network resulting of analyzing both countries integrally, as the “*Lava Jato*” super-structure. In the fourth section the implications for public prosecution are analyzed.

1 THE “LAVA JATO” NETWORK

It is important to understand the structural characteristics of the “*Lava Jato*” network, not only because its scale makes it a novel phenomenon of corruption, but also to better inform policy and decision makers. Considering this, Garay *et al* (2018), Salcedo-Albarán *et al* (2018), and Salcedo-Albarán (2019) modeled and analyzed the characteristics of domestic and transnational dimensions of “*Lava Jato*” network; some of these characteristics are discussed below.

1.1 THE “LAVA JATO BRAZIL” NETWORK

“*Lava Jato*” is a good example of a complex domestic network of macro-corruption and institutional cooptation, with transnational dimensions. The first comprehensive model of the “*Lava Jato*” network, based on judicial information released by the Brazilian Public Ministry, consisted of 906 nodes/agents who established 2.693 interactions (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018), as illustrated in the Figure 1. The nodes/agents were grouped under three main categories: “Private” (65%), “public” (19%), “criminal” (11%), and “other” (5%); and interactions were grouped under four categories: “economic” (48%), “logistic” (34%), “other” (11%) and “political” (7%). However, as presented below, the complexity of the network not only results of the large number of nodes/

agents and interactions, but of the high diversity of these elements (Salcedo-Albaran, Garay, Santos, Macias, & Guerra, 2018).

The category of public nodes/agents, for instance, grouped (i) 252 Brazilian companies, (ii) 170 businesspersons, (iii) 109 offshore companies used for signing fraudulent contracts with the ultimate goal of channeling bribes to public servants, politicians and political parties, (iv) 21 Brazilian Consortiums composed by legit and façade companies to achieve undue advantages in State tenders, and (v) 15 offshore accounts usually registered under the name of fictitious third parties (Salcedo-Albaran, Garay, Santos, Macias, & Guerra, 2018).

The public nodes/agents category included (i) 100 public servants, (ii) 24 former members of the Chamber of Deputies with political influence to nominate delegates for Petrobras' directories, (iii) 16 Brazilian politicians, (iv) 13 political parties, (v) 9 "Eletronuclear" officials, (vi) 8 Government institutions that were massively coopted, and (vii) 7 Petrobras officials mainly in charge of acquiring supplies, coordinating engineering services and hiring international companies. Usually, the public servants involved in the scheme received bribes for influencing in the assignment of millionaire contracts; the bribe varied between 1% and 2% of the value of the influenced contract. Additionally, in Brazil 60% of the bribes paid were used to fund political parties and specific political campaigns (Salcedo-Albarán E. , Garay-Salamanca, Macías, & Santos, 2018f; Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018).

The "criminal" nodes/agents category included (i) 47 third parties who provided their representation of accounts and companies to hide and protect the real beneficiaries of transactions, (ii) 19 doleiros or intermediaries, such as Alberto Youssef and Nelma Kodama, who arranged meetings between companies, advised business associated and officials on creating offshore companies, and controlled front companies to legalize payments through the currencies black market, (iii) 9 bribe operators who oversaw bribe payments, (iv) 8 drug traffickers who laundered profits through the network, (v) 13 money launderers and their accomplices, and (vi) 3 openly illicit associations between legal companies and consortiums, such as "The Club", established with the sole objective of committing fraud through financial crimes and corruption (Salcedo-Albarán E. , Garay-Salamanca, Macías, & Santos, 2018f).

On the other hand, the 2.693 interactions established are also highly diverse. Some main subcategories grouped under the economic category are: (i) 676 interactions for "conducting financial transactions"; (ii) 330 interactions for "paying bribes or undue commissions"; (iii) 107 for "laundering money"; (iv) 105 for "simulating contracts", (v) 41 for "being

business partners”; (vi) 22 for “paying undue commissions specifically to establish contracts”; (vii) 13 for “opening and controlling accounts of front companies”; (viii) 10 for “capital investment”; (ix) 7 “misappropriation of funds for establishing front companies to pay bribes”, such as the case in which the firm “Sete Brasil” was constituted partially with misappropriated funds from Petrobras and pension funds such as Petros, Previ, Funcef and Valia (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018).

Some logistic interactions (964) consisted of (i) 158 interactions for “participating in the administrative board of a company”; (ii) 75 for “being part of consortiums”; (iii) 132 for “serving as third party to open an accounts or appear as legal representatives of companies” to hide its true beneficiaries, (iv) 118 interactions for “decision-making and (*de facto*) leadership”, that reveal the true beneficiaries of accounts, companies and properties that had an unidentified or false representative; (v) 67 for “modifying an established contract” to increase unjustified costs and timeframes of infrastructure projects; (vi) 43 for “planning financial distribution”, among the participants of the corrupt scheme; (vii) 39 for “being the representative of” cartelized companies; (viii) 37 for “supporting fraudulent accounting”, which revealed accounting arrangements to hide irregular incomes and justify artificial expenses; (ix) 32 for “legal ownership of companies”; and (x) 35 for “serving as intermediary” to request a bribe or an irregular electoral donation in behalf of someone else.

The political interactions category consists of (i) 76 interactions for “benefiting particular interests of”, when a political node/agent pushes or makes public investments with the single purpose of benefiting an individual, (ii) 34 interactions consisting of “irregular donations to” political campaigns, (iii) 25 of “official donations to fund political campaigns, (iv) 13 interactions “providing political favors to” specific nodes/agents, (v) 5 interactions for “nominating for public office”, and (vi) 2 consisting of “providing political advice to”.

The category “other” (11%), consists of (i) 124 interactions for “establishing contracts with State companies or institutions”; (ii) 68 interactions of “networking”, describing informal links with key nodes of the network; (iii) 28 cases of “family members”, and (iv) 4 interactions for “executing threats and pressure to commit financial crimes” (Salcedo-Albarán, Garay, Santos, Macias, & Guerra, 2018, pág. 29).

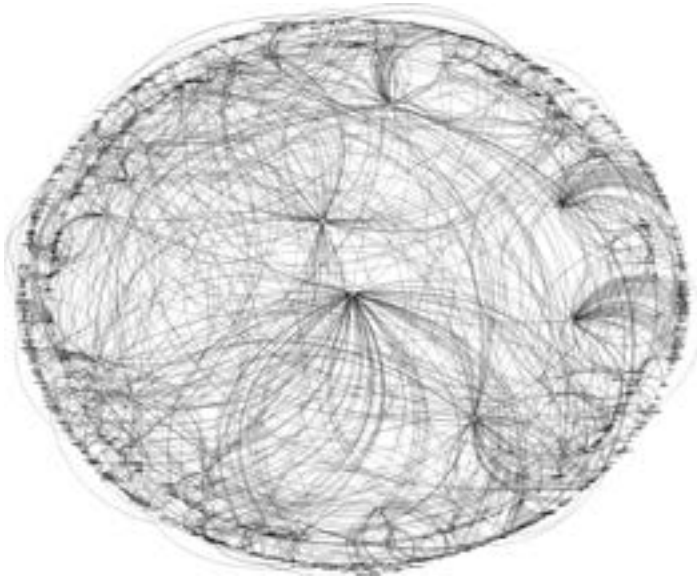
As stated in the introduction, another structural characteristics related to macro-corruption consists on identifying two types of relevant nodes/agents: The most connected one, the hub, which is identified throughout the direct centrality indicator; and the node/agent with the

highest capacity to intervene in the network' flows, the structural bridge, identified through the betweenness indicator.

In this case, the node/agent with the highest direct centrality indicator is (i) Alberto Youssef, concentrating 3,4% out of the total amount of direct interactions, which means that he is the hub of the network. Other nodes/agents with high direct centrality indicators are: (ii) Paulo Roberto Costa, with 2,6%, as the most connected node/agent in Petrobras, (ii) Petrobras itself with 2,2%, as the company where the corruption scheme focused, (iv) JBS, with an indicator of 1,9%, as a private company involved in several licit and illicit transactions; (v) Joesley Mendonca Batista, an administrative managers at JBS, with an indicator of 1,8%, (vi) "The Clube" as a *cliqué* of firms with a high capacity to obtain advantages on Petrobras' contracts, with 1,7%, (vii) *Constructora Norberto Odebrecht* with 1,1%, and (viii) Jose Janene, with 1,1%. These eight nodes/agents with the highest direct centrality indicator, which only represents 0,88% of the total amount of nodes/agents, concentrate 29,4% of the network's direct interactions. This means that the network has a low level of resilience because isolating 0,88% of nodes/agents would modify 29,4% of the direct interactions structure.

The node/agent with the highest betweenness indicator is (i) Alberto Youssef, intervening in 9,4% of the network's indirect routes, or flows, which means that Youssef is not only the hub of the network but also the structural bridge as a result of his actions advising businessmen and public servants, as well as coordinating strategies with other intermediaries and *doleiros* to launder money and to deliver bribe payments. Other nodes/agents with high betweenness indicators are (ii) Petrobras, intervening in 9,4% of the routes, (iii) Paulo Roberto Costa, a Petrobras official, intervening in 4,9%, and (iv) the company JBS, with 3,7%. This group of four nodes/agents intervene in 27,4% of the routes in the network, which means that isolating these nodes/agents would modify almost 27,4% of the routes structure of the network. This characteristic implies that the network has a relatively lower level of resilience since it is more concentrated than the direct centrality indicator; in fact, isolating just 0,44% of the total amount of nodes/agents, modify almost a third part of the network's structure.

Figure 1. “Lava Jato Brazil” Network (Salcedo-Albarán, Garay, Santos, Macias, & Guerra, 2018).



1.2 THE “LAVA JATO PERU” NETWORK

Some Brazilian companies that participated in the “Lava Jato Brazil” network used similar corrupt practices to obtain millionaire State contracts across Latin America, including Peru, where one of the strongest prosecutions against former presidents and high-profile public officials has happened. In fact, three out of the last four presidents currently face prosecution under charges of corruption related to “Lava Jato” -Alejandro Toledo (2001-2006), Ollanta Humala (2011-2016), and Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018)-, while Alan García committed suicide when the prosecution was about to begin. As a result of “Lava Jato” in Peru, eight large infrastructure projects were mainly affected by this scheme: the processing facility “Huachipa”, the “Olmos” Project, a hydro energetic project, the yellow line from *Rímac* Park to Rio *Río Verde*, the hydroelectric project “Alto Piura”, the first line of the electric train, the Southern Peru pipeline, the Interoceanic North-South highway, and the highway project *Huaylas-Chacas-San Luis* (Salcedo-Albarán, Garay-Salamanca, Macias, & Pastor, 2019).

Considering that the “Lava Jato” network initially operated in Brazil, the “Lava Jato Peru” is smaller and less complex, consisting of 443 nodes/agents categorized as private (85%), and public servants (15%), as illustrated in the Figure 2.

The lower complexity of “Lava Jato Peru” is reflected with less diversity of its subcategories when compared with “Lava Jato Brazil”. For instance, the private nodes/agents category includes (i) 170 private individuals, (ii) 68 Peruvian firms, (iii) 58 foreign companies, (iv) 34 Peruvian consortia, (v) 24 Peruvian businesspeople, and (vi) 8 foreign businesspeople. Among the 66 public servants, there are 20 entities at the national level, including The National Office of Electoral Processes, the General Direction of Government, the National Committee in charge of promoting the auction of lands at the “Olmos” project, the Ministry of Finance, the National Evaluation Committee of technical and economic proposals, and various directive councils of public projects.

The 943 interactions identified in “Lava Jato Perú” consisted of (i) 33% economic interactions, (ii) 30% political, (iii) 30% interactions related to logistics and networking -which included those specifically of oriented to signing contracts-, and (iv) 6% that described the structures among Peruvian corporations. Among the 311 economic interactions, 306 consisted of wire transfers between individuals and corporations. The political category, with 286 interactions, mostly consisted of donations to political parties, including some of the most relevant in Peru.

Regarding the direct centrality indicator, (i) the political movement *Fuerza 2011* registered the highest indicator, concentrating 8,9% of the total amount of direct interactions established in the network, which means that this juridical person is the *hub* of the structure, while (ii) the political movement *Alianza Gana Peru*, registered the second highest direct centrality indicator, with 5,2%. Other nodes/agents with high direct centrality indicators are (iii) Construmaq SAC, with 2%, and (iv) Odebrecht Peru S.A., with 1,6%. In this sense, two political movements, *Fuerza 2011* and *Alianza Gana Peru*, concentrate 14,1% out of the total amount of direct interactions of the network. According to Salcedo-Albarán *et al* (2019), this concentration evidences the relevance of political parties in the operation of “Lava Jato Peru”.

The nodes/agents with the highest capacity to intervene in the geodesic routes of the network, identified through the *betweenness* indicator, are (i) Jorge Henrique Simoes Barata, Executive Director of Odebrecht in Peru, who registers an indicator of 12,7%, and therefore is the structural bridge; (ii) Marcelo Odebrecht, intervening in 11.2% of the routes, and (iii) the former President Ollanta Humala, intervening in 10.7%. These three nodes/agents intervened in 34,6% of the geodesic routes of the network; a high percentual concentration considering that these 3 nodes/agents represent the 0,7% of

nodes/agents of the network: isolating 0,7% of the nodes/agents would modify 34,6% of the routes of the network. However, the betweenness indicator in “Lava Jato Peru” is less concentrated than in “Lava Jato Brazil”, in which 0,44% of the total amount of nodes/agents intervened in about a third of the network’s routes. In this sense, “Lava Jato Peru” would be relatively more resilient than “Lava Jato Brazil”.

Figure 2. “Lava Jato Perú” (Salcedo-Albarán, Garay-Salamanca, Macias, & Pastor, 2019).



2 THE “LAVA JATO” SUPER-STRUCTURE

In order to understand the emerging characteristics of the “Lava Jato” macro-network, Salcedo-Albarán *et al* (2019g) elaborated a model based on the Datasets of Interactions (DoIs) that conformed each model discussed in the previous section. Since “Lava Jato Brazil” and “Lava Jato Peru” were already examples of macro-corruption, Salcedo-Albarán *et al* (2019g) defined the resulting structure as a *super*-network of corruption, or an example of *super*-corruption. The super-structure of corruption “Lava Jato” consists of 1,399 nodes/agents categorized as: (71%) “private”, (19%) “public”, (3%) “criminal”, and (7%) as “other”, who established 3,758 interactions, as

illustrated in the Figure 3. As an example of the structure's high diversity, the subcategories of "private" nodes/agents is presented in the Table 1.

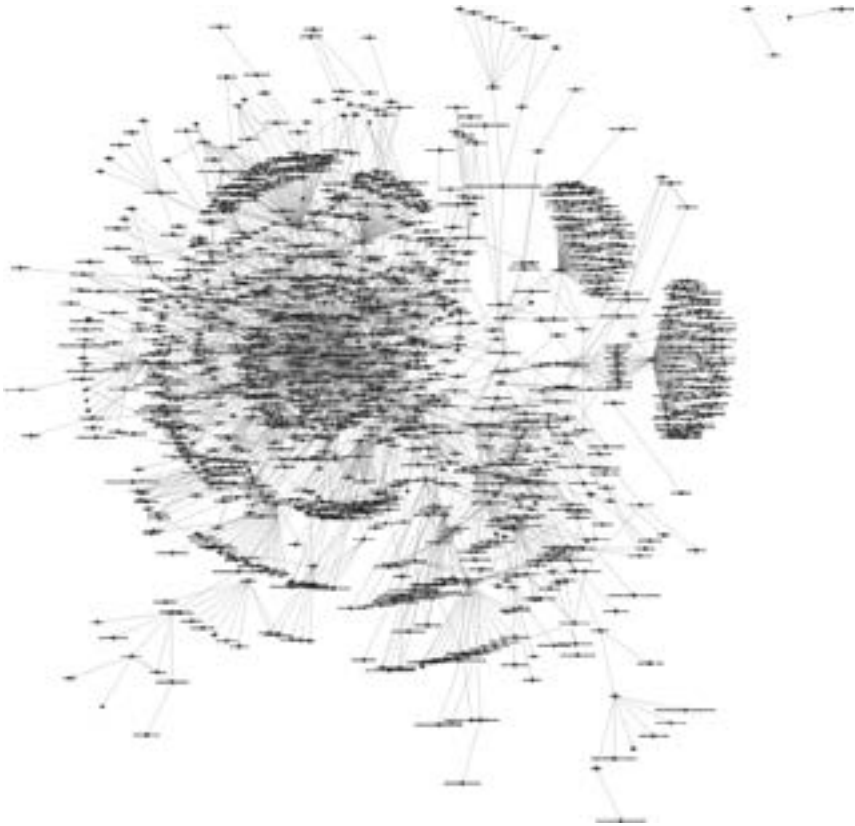
Lava Jato Super-structure. Private Nodes/Agents			
Category	Sub-category	%	Quantity

Private	Brazilian Company	25.0	254
	Businessman	17.3	175
	Private / Peruvian national	16.8	170
	Offshore Company	9.2	93
	Peruvian Company	6.7	68
	Foreign company (outside Brazil and Peru)	5.7	58
	Peruvian Consortia	3.4	34
	Peruvian businessman	2.4	24
	Consortia	2.1	21
	Offshore banking account	1.5	15
	Façade Company	1.2	12
	Lawyer	1.1	11
	Foreign businessman (outside Brazil and Peru)	0.8	8
	Money laundering accomplice	0.7	7
	Cash transporter	0.7	7
	Brazilian Doleiro	0.6	6
	Private (undefined citizenship)	0.5	5
	Pensions Fund	0.4	4
	Publicist	0.3	3
	Company (Undefined country)	0.3	3
	Financial Group	0.2	2
	NGO Peru	0.2	2
	Figurehead	0.2	2
	Cartel of private companies	0.2	2
	Peruvian Lawyer	0.2	2
	Architect	0.1	1
	Political advisor	0.1	1
	Civil association	0.1	1
	Bank	0.1	1
	Art collector	0.1	1
Bank account	0.1	1	
Company employee	0.1	1	
Andrade Gutiérrez Employee	0.1	1	
Investments Fund	0.1	1	
Journalist	0.1	1	
Brazilian Refinery	0.1	1	
Undefined	0.2	2	

Regarding the direct centrality indicator, it is found that 9 nodes/agents concentrate 14,5% out of the total amount of direct interactions of the network: (i) Alberto Youssef is the *hub* of the super-network, with an indicator of 2,5%, (ii) the Peruvian political movement Fuerza 2011, with 2,2%, (iii) Paulo Roberto Costa, 1,9%, (iv) Petrobras, 1,6%, (v) IBS, 1,4%, (vi) Joesley Mendoca Batista, 1,3%, (vii) “The Clube”, 1,3%, (viii) the political movement *Alianza Gana Peru*, 1,3%, and (ix) Constructora Norberto Odebrecht, with 1%.

The nodes/agents with the highest betweenness indicator are: (i) Marcelo Odebrecht, as the structural bridge of the network, with an indicator of 6,7%, (ii) Constructora Norberto Odebrecht S.A., with 6,6%, (iii) Alberto Youseff, with 6,1%, (iv) Petrobras, with 6%, (v) Ollanta Moisés Humala, former president of Peru, with 5%, (vi) *Alianza Gana Perú*, with 3,4%, (vii) *Fuerza 2011*, with 3,1%, (viii) the National Office of Electoral Processes of Peru, with 3,1%, (ix) Paulo Roberto Costa, with 2,5% and (x) JBS, with 2,1%. These 10 nodes/agents intervene in 44,6% out of the total amount of routes of the network. Additionally, unlike the domestic structures analyzed in the previous section, in the super-structure of “Lava Jato Brazil and Peru”, the node/agent Norberto Odebrecht becomes the *structural bridge*, and the node/agent *Constructora Norberto Odebrecht S.A.* also becomes highly relevant, being the second node/agent with the highest capacity for intervening in the network’s route. Considering that the natural person and juridical person have different institutional capacities, they mutually complement in the operation of the network.

Figure 3. Super-structure “Lava Jato Brazil and Peru” (Salcedo-Albarán & Garay-Salamanca, Súper-estructura Lava Jato en Brasil y Perú, 2019g).



3 FINAL DISCUSSION: SUPER-CORRUPTION AND ITS IMPLICATIONS

The super-corruption network “Lava Jato Brazil and Peru” illustrates two main characteristics that emerge of its complexity and, simultaneously, impose obstacles for its effective control and prosecution: (i) the transnational operation of juridical or legal persons, and (ii) the relevance of transnational money laundering.

The relevance of juridical persons is verified in the business and political spheres of each presented network, through companies and political parties, which requires developing robust judicial, civil, and

administrative frameworks for corporate criminal liability (Green, 2007); a challenge for any “legal system based on individual liability” (Punch, 2011, pág. 110). Although several countries have developed frameworks and adopted laws for addressing crimes committed by corporations, the criteria among countries is still heterogenous, and it is therefore common that a corporation is convicted in one jurisdiction but not in another; a situation aggravated by a common special treatment that benefits large corporations, since “regulators typically come from and eventually return to regulated industries” (Snider & Steven, 2011, pág. 65). In fact, there is not even homogeneous criteria regarding whether corporate crime shall be controlled through civil or criminal actions (Wells, 2011); as a result, prosecution against corporation is commonly disarticulated among blocs of countries. As Punch (2011, pág. 102) points out: “It could even be said that the criminal law has never quite adapted to the rise of modern business corporations (...) and is still somewhat at a loss in coping with complex multinationals with dispersed subsidiaries in diverse jurisdictions within the contemporary global and post-Fordist economy”.

The transnational operation of legal persons is closely related to the second identified characteristic: the relevance of transnational money laundering. As a result of the massive amounts of bribes paid and profits generated during the operation of the superstructure “Lava Jato in Brazil and Peru”, transnational schemes of money laundering were common. Indeed, hiding, laundering, and channeling bribes for more than USD\$800 million (Watts, 2017), required a complex transnational scheme that involved various layers of real and façade companies worldwide. For instance, a USD\$6,5 million bribe that *Constructora Odrebrecht S.A.* paid to a Vice Minister of Transport in Colombia, required fractioning and channeling the money through several accounts and companies across Panama, the United States, Spain, and Andorra, after returning to Colombia (Salcedo-Albarán & Garay-Salamanca, Lava Jato Colombia, 2019).

The relationship between corruption and money laundering, already identified and especially analyzed (Chaikin & Sharman, 2009), is aggravated by the increasing sophistication of the financial maneuvers, the amounts of countries involved, and the legal limits imposed by domestic jurisdiction during prosecutions. The lack of institutional mechanisms for collaborating and conducting transnational prosecution or sharing information across jurisdictions, is therefore an obstacle for controlling, prosecuting, and sanctioning transnational schemes of money laundering.

Currently, when seeking formal communication and sharing of information between local jurisdictions, Public Ministries and Public Prosecutor Offices sign cooperation agreements that are time-consuming

as they involve several bureaucratic procedures and entities; a mechanism that has proven insufficient and ineffective during prosecutions of Lava Jato in most of Latin America. For instance, in 2017 the Peruvian Public Ministry signed 18 requests of collaboration with the Brazilian Public Ministry, while only signed one request, and Colombia three; in 2018, the Peruvian Public Ministry signed 50 requests of collaboration with the Brazilian Public Ministry, while Mexico only signed two, and Colombia five (Angelico, 2019). Without institutional and agile mechanisms for sharing information and facilitating transnational prosecution of money laundering, judicial actions against a super-structure of corruption such as Lava Jato will remain restricted to the domestic political will.

The characteristics and challenges discussed above, are exacerbated by the increasing complementarity between political, corporative, and public agents observed in super-networks of corruption; these traits create complexities that are just being understood in empirical terms, thanks to computational tools. As computational capacities increase, it is likely that more complexities will be revealed; therefore, to face these complexities, juridical frameworks must be revisited and, in some cases, updated.

BIBLIOGRAPHY

ANGELICO, F. (2019, May 29). *Gran corrupción: datos inéditos presentan radiografía sobre la actividad de órganos de investigación de América Latina en el caso Odebrecht*. Retrieved from JOTA: <https://www.jota.info/especiais/gran-corrupcion-datos-ineditos-presentan-radiografia-sobre-la-actividad-de-organos-de-investigacion-de-america-latina-en-el-caso-odebrecht-29052019>

BORGATTI, S. P.; MEHRA, A.; BRASS, D., & LABIANCA, G. (2009). Network Analysis in the Social Sciences. *Science*, 323, 892-895.

CARRINGTON, P. J.; SCOOT, J., & WASSERMAN, S. (2005). *Models and Methods in Social Network Analysis*. New York: Cambridge University Press.

CHAIKIN, D., & SHARMAN, J. C. (2009). *Corruption and Money Laundering: A Symbiotic Relationship*. New York: Palgrave Macmillan.

CHAYES, S. (2017). *When Corruption is the Operating System: The Case of Honduras*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace.

CSERMELY, P. (2006). *Weak Links: Stabilizers of Complex Systems from Proteins to Social Networks*. New York: Springer-Verlag.

DEGENNE, A., & FORSÉ, M. (1999). *Introducing Social Networks*. London: SAGE Publications.

GARAY SALAMANCA, L. J., & SALCEDO-ALBARÁN, E. (2012). *Narcotráfico, Corrupción y Estados*: Cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones de Colombia, Guatemala y México. Ciudad de México: Random House Mondadori.

GARAY SALAMANCA, L.; SALCEDO-ALBARÁN, E., & MACÍAS, G. (2018). *Macro-Corrupción and Institutional Co-optation: The “Lava Jato” Criminal Network*. Bogotá, Colombia: Fundación Vortex.

GARAY, L. J., & SALCEDO-ALBARAN, E. (2012). *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados*: El caso Colombia. Bogotá: ICTJ - Fundación Vortex.

GARAY-SALAMANCA, L. J.; SALCEDO-ALBARÁN, E., & DUARTE, N. (2017). *Elenopolítica*: Reconfiguración cooptada del Estado en Arauca, Colombia. Bogotá: Fundación Vortex.

GARAY-SALAMANCA, L. J.; SALCEDO-ALBARÁN, E., & MACÍAS, G. (2018a). Macro-estructuras de corrupción: el caso lava jato. *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, 4(1), DOI: <https://doi.org/10.13130/cross-10250>.

GARAY-SALAMANCA, L.; SALCEDO-ALBARÁN, E., & BELTRÁN, I. (2010b). *Illicit Networks Reconfiguring States*: Social Network Analysis of Colombian and Mexican Cases. Bogotá: Método.

GARAY-SALAMANCA, L.; SALCEDO-ALBARÁN, E.; DE LEÓN, I., & GUERRERO, B. (2008). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.

GREEN, S. P. (2007). A Normative Approach to White-Collar Crime. In H. N. Pontell, & G. Geis, *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime* (p. 223-247). New York: Springer.

HÜBSCHLE, A. (2017). *The Groenwald Criminal Network*. Bogota: Vortex Foundation.

KLITGAARD, R. (1998). *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press.

PETRUNOV, G. (2013). *Analysis of Social Network Models of Transnational Criminal Networks operating in the Southeastern Border of the European Union*. Sofia: Vortex Foundation.

PUNCH, M. (2011). The organizational component in corporate crime. In J. Gobert, & A. Pascal, *European developments in corporate criminal liability* (pp. 101-114). New York: Routledge.

ROSE-ACKERMAN, S. (2002). “Grand” corruption and the ethics of global business. *Journal of Banking & Finance*, 26, 1889 - 1918.

ROTBURG, R. I. (2019). *The Corruption of Latin America*. In R. I. Rotberg, *Corruption in Latin America: How Politicians and Corporations Steal from Citizens*. Lexington: Springer International Publishing.

- SALCEDO-ALBARÁN, E. & GARAY-SALAMANCA, L. (2016). *Macro-Criminalidad: Complejidad y Resiliencia de las Redes Criminales*. Bloomington: iUniverse, Vortex Foundation, Small Wars Journal.
- SALCEDO-ALBARÁN, E., & GARAY-SALAMANCA, L. J. (2019). *Lava Jato Colombia*. Bogotá: Vortex Foundation.
- SALCEDO-ALBARÁN, E., & GARAY-SALAMANCA, L. J. (2019g). *Súper-estructura Lava Jato en Brasil y Perú*. Bogotá: Vortex Foundation.
- SALCEDO-ALBARÁN, E.; GARAY-SALAMANCA, L.; MACÍAS, G., & Santos, D. (2018f). *The “Lava Jato” Network: Policy Insights for Confronting Transnational Corruption*. Vortex Foundation. Bogotá: Vortex Foundation.
- SALCEDO-ALBARÁN, E.; GOGA, K., & GOREDEMA, K. (2014). *Cape Town’s underworld mapping a protection racket in the central business district*. Petronia: Institute for Security Studies.
- SALCEDO-ALBARAN, E.; GARAY, L. J.; SANTOS, D.; MACIAS, G., & GUERRA, N. (2018). *The “Lava Jato” Network: Corruption and Money Laundering in Brazil*. Sao Paulo: Vortex Foundation.
- SALCEDO-ALBARAN, E.; GARAY-SALAMANCA, L. J.; MACIAS, G.; VELASCO, G., & PASTOR, C. (2019). *Lava Jato Perú*. Proética & Vortex Foundation. Lima: Proética & Vortex Foundation.
- SNIDER, L., & STEVEN, B. (2011). The challenges of regulating powerful economic actors. In: J. Gobert, & A. Pascal, *European developments in corporate criminal liability* (p. 53-69). New York: Routledge.
- VARESE, F. (2017). What is Organized Crime? In S. Carnevale, S. Forlati, & O. Giolo, *Redefining Organised Crime. A Challenge for the European Union?* (p. 27-55). Oxford: Hart Publishing.
- WANG, P., & WANG, J. (2009). Transnational Crime: Its Containment through International Cooperation Peng. *Asian Social Science*, 5, 25-32.
- WATTS, J. (2017, Jun 1). *Operation Car Wash: Is this the biggest corruption scandal in history?* Retrieved from The Guardian: <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>.
- WELLS, C. (2011). Containing corporate crime: Civil or criminal controls? In: J. Gobert, & A. Pascal, *European developments in corporate criminal liability* (pp. 13-32). New York: Routledge.

RUSSIAN PUBLIC PROCUREMENT LAW: GENERAL CHARACTERISTICS AND ANTI-CORRUPTION STANDARDS

GENERAL CHARACTERISTICS OF RUSSIAN PUBLIC PROCUREMENT LAW

Olga Belyaeva

*Chief researcher, head of the department of private-law disciplines of the Institute of
Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation,
Doctor of Law, professor RAS
civil@izak.ru*

Kuzma Kichik

*Associate professor of Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University,
Executive Director of Procurement law center of the Lomonosov Moscow State
University, Ph.D in Law
kkichik@mail.ru*

Russian public procurement legislation is in a state of “permanent reform”. Experts explain the large number of laws and other regulations adopted in this area and their constant patching up by the lack of a comprehensive concept for improving procurement legislation¹.

There were adopted ten special Federal laws regulating relations in this area between 1992 and 2015 (not considering the laws on amendments to other laws, as well as regional legislation)².

The most frequently applied laws in public procurement, in addition to special procurement laws, are the Civil Code of the Russian

- 1 See *Беляева О.А.* «Совершенствование» законодательства о размещении заказов для публичных нужд // Законодательство. 2009. № 11. С. 17-22 [*Olga Belyaeva.* “Improvement” of legislation on placing orders for public needs // Legislation. 2009. No. 11. P. 17-22]; *Белов В.Е.* Об изменениях гражданского законодательства в условиях формирования контрактной системы в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 10 [*Evgeny Belov.* On changes in civil legislation in the conditions of formation of the contract system in the sphere of procurement of goods, works, services for state and municipal needs // Actual problems of Russian law. 2014. No. 10].
- 2 See Закон РФ от 28 мая 1992 г. № 2859-1 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд» (утратил силу) // Российская газета. № 148. 1992. 30 июня [Law of the Russian Federation of May 28, 1992 No. 2859-1 “On the supply of products and goods for state needs” (no longer in force) // Rossiyskaya Gazeta. No. 148. 1992. June 30]; Федеральный закон от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3303 [Federal law of December 2, 1994 No. 53-FZ of “On purchases and deliveries of agricultural products, raw materials and food for state needs” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1994. No. 32. Art. 3303]; Федеральный закон от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» // СЗ РФ. 1994. № 34. Ст. 3540 [Federal law of December 13, 1994 No. 60-FZ “On deliveries of products for Federal state needs” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1994. No. 34. Art. 3540]; Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве» // СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 3 [Federal law of December 29, 1994 No. 79-FZ “On the state material reserve” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1995. No. 1. Art. 3]; Федеральный закон от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе» (утратил силу) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 6 [Federal law of December 27, 1995 No. 213-FZ “On the state defense order” (no longer in force) // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1996. No. 1. Art. 6]; Федеральный закон от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» (утратил силу) // СЗ РФ. 1999. № 19. Ст. 2302 [Federal law of May 6, 1999 No. 97-FZ “On tenders for placing orders for the supply of goods, performance of works, rendering of services for state needs” (no longer in force) // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1999. No. 19. Art. 2302]; Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (утратил силу) // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105 [Federal law of July 21, 2005 No. 94-FZ “On placing orders for the supply of goods, performance of works, provision of services for state and municipal needs” (no longer in force) // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 2005. No. 30 (part 1). Art. 3105]; Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571 [Federal law of July 18, 2011 No. 223-FZ “On procurement of goods, works, and services by certain types of legal entities” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. No. 30 (part 1). Art. 4571]; Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7600 [Federal law of December 29, 2012 No. 275-FZ “On the state defense order” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. No. 53 (part 1). Art. 7600]; Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652 [Federal law of April 5, 2013 No. 44-FL “On the contract system in the procurement of goods, works, services for state and municipal needs” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. No. 14. St. 1652].

Federation³ and Federal law of July 26, 2006 No. 135-FZ “On protection of competition»⁴.

The mechanism for implementing legislative norms is provided by numerous regulations at the subordinate level (first of all, by resolutions of the government of the Russian Federation).

Key legislative acts that underpin the whole system of public procurement in Russia are the *Federal law of April 5, 2013 No. 44-FZ “On the contract system in the procurement of goods, works, services for state and municipal needs”* (hereinafter – the Contract system law; Law No. 44-FZ) and *Federal law of July 18, 2011 No. 223-FZ “On procurement of goods, works and services by certain types of legal entities”* (hereinafter – the Law No. 223-FZ).

The presence of several legislative acts on procurement allows us to distinguish several subsystems in the Russian public procurement system (types of purchases; see the diagram).



The first subsystem (type of procurement) is *state and municipal procurement*, which is primarily regulated by the Contract system law (Law

3 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301 [Civil Code of the Russian Federation (part one) of November 30, 1994 N 51-FZ // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1994. No. 32. Art. 3301].

4 СЗ РФ. 2006. № 31 (часть 1). Ст. 3434 [Legislation Bulletin of the Russian Federation. 2006. No. 31 (1 part). Art. 3434].

No. 44-FZ). The second subsystem is “*corporate*” procurement (Law No. 223-FZ). The third subsystem is *other public procurement* of business entities that have *voluntarily* assumed responsibility for complex procurement procedures (usually, these are large legal entities that have adopted internal local procurement acts, organized their own purchasing departments, and conduct purchases; these entities conduct purchases, first, for economic reasons – because of the large volume of purchased products, which makes it difficult to ensure the process of concluding contracts at optimal prices without creating their own purchasing system, and second, for reasons of prestige). Other public procurements are conducted in accordance with the general provisions of Russian civil law.

The state defense order, as well as orders to the state reserve, are carried out in accordance with the Contract system law, taking into account the features established respectively by Federal law of December 29, 2012 No. 275-FZ “On the state defense order” and Federal law of December 29, 1994 No. 79-FZ “On the state material reserve”. The state defense order is a type of government order, and purchases made for the implementation of a state defense order are a type of government procurement. In turn, the annual amount of accumulation of material values in the state reserve is planned as part of the state defense order. Thus, orders to the state reserve are part of the state defense order.

It should be added that two more special laws regulating relations in the sphere of state (municipal) procurement are still in force: Federal law of December 2, 1994 No. 53-FZ of “On purchases and deliveries of agricultural products, raw materials and food for state needs” and Federal law of December 13, 1994 No. 60-FZ “On deliveries of products for Federal state needs”. These laws, which were adopted more than two decades ago, are very small in scope and contain only some special rules governing relations in the area of public procurement (so it seems logical to include these special rules in the text of the Contract system law, while recognizing these laws as invalid).

In a simplified form, the regulatory framework for public procurement can be described as follows.

Legislation on state and municipal procurement is the most complex. The Contract system law and the relevant legal acts constitute a very large legal and regulatory array.

The legislation on “corporate” procurement is based on Law No. 223-FZ, which is five times less in volume than the Contract system law. Bylaws adopted in accordance with Law No. 223-FZ are significantly smaller in terms of normative material for state (municipal) procurement.

This difference in the volume of normative arrays regulating the conduct of state (municipal) procurement, on the one hand, and “corporate” procurement, on the other hand, is explained by the fact that the Contract system law prescribes the procedures for planning and conducting procurement with a high degree of detail. Legal regulation of state and municipal procurement, based on the provisions of the Contract system law, has imperative character. The freedom of customers to build their own purchasing system and develop procurement rules is minimized⁵. In “corporate” procurement (Law No. 223-FZ), customers have a greater degree of freedom: they independently form the “rules of the game” in their internal documents (these documents are called the “procurement regulations” in Law No. 223-FZ). The main purpose of the adoption of Law No. 223-FZ is to ensure the “transparency” of “corporate” purchases (posting information about purchases on the Internet). The main obligations of customers under Law No. 223-FZ are to approve their own “procurement regulations” and publish this document in the unified procurement information system (primarily on the official website of this system - www.zakupki.gov.ru) and conducting purchases in accordance with the specified “procurement regulations” (on this basis Law No. 223-FZ can be called one of the most «liberal» procurement laws in the world). The small volume of Law No. 223-FZ is explained by the high degree of disposition of the relations regulated by it.

Other public procurement that is not conducted in accordance with the Contract system law or Law No. 223-FZ is carried out in accordance with the provisions of civil legislation, primarily the Civil Code of the Russian Federation (in particular, on the basis of general rules on contracts, offer and acceptance, bidding, etc.).

As we noted above, the legislation on the contract system in Russia is the most detailed and imperative (in comparison with the legislation on “corporate” and other public procurements). Therefore, we will consider further the anti-corruption standards that apply specifically in state and municipal procurements (the Contract system law). We are convinced that the anti-corruption standards of the Russian contract system can be applied by analogy also in the field of “corporate” and other public procurements in Russia.

⁵ The famous Russian civil law professor G. F. Shershenevich in the second half of the XIX century noted that the procurement legislation of Russia of the previous period (first half of the XIX century) mainly had “the nature of instructions to administrative institutions, and not the rules of law” (See *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М. 2005. С. 175 [Shershenevich G. F. Textbook of Russian civil law. Vol. 2. М. 2005. P. 175]*). We can give a similar characteristic in many respects to the current Russian state (municipal) procurement legislation.

ANTI-CORRUPTION STANDARDS OF THE RUSSIAN CONTRACT SYSTEM

The sphere of procurement for state and municipal needs is exposed to numerous corruption risks, not only legal, but also institutional, as well as behavioral.

In the area of using budget funds, there are always prerequisites for various corruption manifestations and other abuses, which have a negative impact on the development of fair competition, ensuring publicity and transparency of regulated procedures. The obvious consequences of corruption violations in this area are financial losses of the budget.

However, the global result of corruption phenomena is the undermining of trust on the part of citizens and society to state structures and the state in general. We are also talking about the country's political losses.

The Russian public procurement market is constantly developing, the amount of funds allocated for purchasing goods, performing works and providing services for state and municipal needs is estimated in trillions of rubles⁶. At the same time, the budget obligations of the authorities and management are consistently fulfilled, and winning a competition (auction or other procurement procedure) for the conclusion of a state and municipal contract practically guarantees the volume of work, as well as payment for their performance. However, with the increase in transparency and accessibility of public procurement procedures, facts of cartel collusions of their participants have become regularly apparent. This is the "private" corruption in this area.

The "classic" scheme, long period practiced by unscrupulous participants in purchases, was that several companies were joining a cartel, identifying the so-called "favorite". All participants of the conspiracy submitted applications to participate in the procedure (auction, tender, etc.), then all but the "favorite" withdrew their applications. As a result of such actions, the customer was forced to enter into a contract at the initial (maximum) price with the single participant in the procedure. Other participants in the collusion either became subcontractors of the "favorite", or in subsequent procurement procedures conducted by this or other customers, the role of the "favorite" was performed by another participant in the collusion⁷.

6 According to analytical reports of the Ministry of Finance of the Russian Federation, the unified procurement information system published notices on purchases under Law No. 223-FZ with a total amount of 16.9 trillion rubles and notices on purchases under the Contract system law with a total amount of 11.9 trillion rubles in 2018 (See <https://www.minfin.ru/ru/performance/contracts/purchases/>).

7 See for example: постановление ФАС Уральского округа от 29.06.2011 № Ф09-3639/11 по делу № А76-15247/2010-62-371 [resolution of the Federal arbitration court of the Ural district of 29.06.2011 No. F09-3639/11, case No. A76-15247/2010-62-371].

The fight against collusion between bidders, on the one hand, as well as between bidders and customers, on the other, has become the *main reason for the emergence of electronic auctions* in the field of public procurement. Transparent electronic procedures contribute by themselves to the development of competition at auctions, while the anonymity of participants (submission of the first parts of applications under numbers without specifying the names of participants) contributes to the appearance of players during the auction who do not have agreements with other participants, as well as with the customer.

However, the process of proving the fact of cartel collusion between bidders is incredibly complex, and therefore the relevant decisions of the antimonopoly authority are invalidated by the courts very often⁸.

At the same time, most of the corruption violations of the law on public procurement are acts related to the deliberate provision of advantages in one form or another to “selected” economic entities. This is usually done by artificially creating obstacles for “undesirable” procurement participants.

In particular, one of the examples of possible collusion between the customer and the “favorite” who receives the right to conclude a contract is the incorrect formation of lots (including in one lot products that are technologically or functionally unrelated to the subject of purchase), specifying the technical characteristics of equipment in such way that the products of only one specific manufacturer meet the established requirements⁹.

Corruption in public procurement cannot be eradicated or even significantly reduced by the authorities alone. In this case, the efforts of civil society institutions are extremely important. For this purpose, institutions of *public discussion and public control of purchases* are designed. Public participation in procurement planning and implementation is based

8 See for example: постановление Верховного Суда РФ от 03.02.2016 № 308-АД15-16778 по делу № А63-10543/2014 [decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 03.02.2016 No. 308-АД15-16778, case № А63-10543/2014]; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18.01.2012 по делу № А70-2259/2011 [resolution of the Federal arbitration court of West Siberian district of 18.01.2012, case № А70-2259/2011]; постановление ФАС Московского округа от 26.12.2013 № Ф05-13600/2013 по делу № А40-94472/12-17-918 [decision of Federal arbitration court of the Moscow district of 26.12.2013 № Ф05-13600/2013, case № А40-94472/12-17-918]; постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.12.2010 по делу № А05-4248/2010 [decision of Federal arbitration court of the North-Western district of 21.12.2010, case № А05-4248/2010] etc.

9 See представление Счетной палаты РФ от 24.12.2014 № ПР 12-345/12-03 «О результатах контрольного мероприятия «Проверка целевого и эффективного использования средств федерального бюджета, внебюджетных источников и федеральной собственности в 2013 году и за истекший период 2014 года в области здравоохранения в федеральном государственном бюджетном учреждении «Р» Российской академии медицинских наук» [the performance of the Accounts Chamber of the Russian Federation of 24.12.2014 No. 12-345/12-03 “On the results of control measures “Inspection of target and efficient use of Federal budget funds, extrabudgetary sources and Federal property in 2013 and during 2014 in the field of health in the Federal state budget institution “R” of the Russian academy of medical sciences”].

on the *principles of the contract system* in this area, including the principle of openness and transparency, the principle of ensuring competition, as well as the principle of responsibility for the effectiveness of state and municipal needs, and the effectiveness of procurement (articles 6 – 8, 12 of the Contract system law). However, there is a problem of a different nature: a clear distinction between the powers of “professionals” and “social workers”, the substitution of such concepts as “expert control” and “public expertise”.

In general, public control in the area of public procurement contributes to their economic efficiency. The institute of public control was called into existence based on the need to build confidence in public procurement. There is no alternative to the institution of public control because the society must develop an understanding of what the state order is, why it is formed, and what its goals are.

Relations that develop in the process of state and municipal procurement are one of the main indicators of corruption in the country. In the process of material support for public needs any official has an opportunity to abuse their powers in order to obtain benefits for themselves or for third parties. Therefore, the state has no choice but to control its employees¹⁰.

In recent years, Russia has been pursuing a consistent state policy in the field of harmonization of public procurement legislation in order to ensure high quality of execution of state orders and prevent the formation of unjustifiably high prices and corruption schemes.

It seems that the potential for corruption violations in the procurement procedure itself has been minimized to date. Such stages as procurement planning and acceptance of contract performance results should be recognized as corruption risk zones.

Successful improvement of legislation on public procurement depends, first of all, on the development of fundamental principles of procurement, taking into account foreign and international experience.

In this regard, the expansion of public procurement tools should be supported. We are talking about a variety of tenders (the introduction of tenders with limited participation and two-stage tenders, both open and

¹⁰ According to article 1 of the Federal law of December 25, 2008 No. 273-FZ “On combating corruption”, corruption is understood as «abuse of official position, giving a bribe, receiving a bribe, abuse of authority, commercial bribery or other illegal use by an individual of their official position contrary to the legitimate interests of society and the state in order to obtain benefits in the form of money, valuables, other property or services of a property nature, other property rights for themselves or for third parties or illegal provision of such benefits to the specified person by other individuals» // СЗ РФ. 2008. № 52 (часть 1). Ст. 6228 [Legislation Bulletin of the Russian Federation. 2008. No. 52 (1 part). Art. 6228].

closed), as well as the use of other competitive procedures for concluding public contracts: request for quotations and request for proposals. This approach (using other competitive procurement methods in addition to bidding) is consistent with the principle provisions of the UNCITRAL Model law on public procurement of July 1, 2011¹¹.

It should be noted that corruption can manifest itself at different stages of procurement, including during the implementation of the terms of the contract. That is why the fight against corruption cannot be reduced to choosing the optimal method of procurement. For example, a fairly common corruption violation is the so-called “sharpening”: the description of requirements for participants or for the delivered product, or for the result of work is done in such a way that allows you to immediately limit the range of possible applicants for participation in the procurement procedure.

The introduction of so-called “catalog” purchases is intended to counteract such violations by state (municipal) customers. Of course, the formation of *the catalog of goods, works, and services for state and municipal needs*, its maintenance and placement in a unified information system requires time (the relevant provisions of article 23 of the Contract system law came into force in 2017). The Ministry of Finance of the Russian Federation is responsible for creating and maintaining the catalog of goods, works, and services for state and municipal needs in the unified procurement information system.

It seems that the introduction of catalog purchases has a huge anti-corruption potential, since this mechanism deprives the state (municipal) customer of the ability to describe the product, work, or services at its discretion. Customers will only have to select the purchase items that are provided in the catalog after the introduction of such purchases. Maximum possible reduction of the customer’s discretion at all stages of procurement is the main anti-corruption mechanism laid down in the Contract system law.

It is appropriate to focus on other anti-corruption standards of the Contract system law, which are equally related to *the typing of procurement terms*.

As noted above, anti-corruption cannot be reduced to compliance with the procedural requirements for procurement, since a variety of goods, including expensive ones, can be purchased in strict accordance with the established procedure. In this regard, the Contract system law provides conditions for *rationing and planning* of purchases. Rationing is

11 Adopted in Vienna on 01.07.2011 at the 44th session of UNCITRAL // https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement

necessary in order to prevent the purchase of luxury goods, goods with excessive consumer properties (part 2 of article 19 of the Contract system law). Rationing should also be attributed to the typing of purchasing conditions: the customer should not be able to decide at its own discretion what it should buy, the standard costs for providing the functions of a particular customer will already be determined in advance.

It seems that the implementation of these requirements will help to counteract corruption long before the actual conduct of a specific procurement procedure.

An important anti-corruption measure, which is being introduced into the modern practice of public procurement, as it seems, will gradually become *standard contracts and standard contract terms*.

The procedure for concluding a state (municipal) contract is almost completely consistent with the design of the contract of accession (article 428 of the Civil Code of the Russian Federation), all contract terms are formulated by the customer, the draft contract is an integral part of the procurement documentation. Moreover, negotiations between the customer, members of procurement commissions with the procurement participant are imperatively prohibited, in accordance with article 46 of the Contract system law.

Thus, in the process of concluding a state (municipal) contract, there is no expression of will on the part of the procurement participant, the terms of the contract are not developed jointly by the parties, the procurement participant accepts the “game rules” proposed by the customer. If these rules do not suit him, he simply does not participate in this procedure. The participant cannot “break through” this algorithm for concluding a contract; his capabilities are reduced only to attempts to indirectly influence the change in the terms of the contract: by sending a request for clarification of the documentation and by sending a complaint to the supervisory authority (these actions are possible at the stage of filing applications).

This situation generated in practice a lot of corruption violations of the following nature: the customer formulated in the draft contract obviously impracticable, enslaving (that is, extremely unprofitable or obviously impracticable) conditions for fulfillment of obligations, which frightened off applicants undesirable for the customer and at the same time ensured victory or “direct” conclusion of the contract with “their” procurement participant (for example, many customers practice setting the shortest possible time for the delivery of products or work).

Currently, federal executive bodies, as well as state corporations «Rosatom» and «Roskosmos», have developed model contracts that are

placed in the *library of standard contracts and standard contract terms* in a unified procurement information system (part 11 of article 34 of the Contract system law). Standard contracts and standard contract terms consist of two parts:

- 1) constant (not subject to change when applied to a specific purchase);
- 2) variable (providing for the possibility of selecting one or more options for the conditions from the proposed exhaustive list of such options for conditions defined by the responsible authority in the standard contract, standard contract terms, as well as the possibility of entering information on the conditions of a particular purchase, the content of such conditions and the procedure for determining such content).

It seems that this measure will significantly limit customers in the possibility of manipulating the terms of the contract, “cutting off” “unwanted” suppliers from participation in the procurement.

The preparation of model contracts at the federal level is quite difficult, but to date, more than thirty model contracts have been approved¹².

For a long time, one of the most favorable conditions for the production of corruption in the system of state municipal procurement was the lack of a *procedure for determining the initial (maximum) price of contracts*, as well as the *methodology for analyzing the average market prices for purchased products* (goods, works, services). This inevitably gave rise to the arbitrary establishment of such a cost of goods, work, services, which in some cases was many times higher than the purchase prices established on the market.

12 See приказ Минсельхоза России от 19.03.2020 № 140 “Об утверждении типового контракта на поставку продуктов питания” [order of the Ministry of Agriculture of Russia of 19.03.2020 No. 140 “On approval of a standard contract for the supply of food”], приказ Минпромторга России от 27.12.2019 № 5090 “Об утверждении типового контракта на оказание услуг по ремонту электронного и оптического оборудования для обеспечения государственных и муниципальных нужд, информационной карты типового контракта на оказание услуг по ремонту электронного и оптического оборудования для обеспечения государственных и муниципальных нужд” [order of the Ministry of Industry and Trade of Russia of 27.12.2019 No. 5090 “On approval of a standard contract for the provision of repair services for electronic and optical equipment to ensure state and municipal needs, an information card of a standard contract for the provision of electronic and optical equipment repair services to meet state and municipal needs”], приказ Минкультуры России от 10.06.2019 № 745 “Об утверждении типовых контрактов в сфере культуры” [order of the Ministry of Culture of Russia of 10.06.2019 No. 745 “On approval of standard contracts in the field of culture”] etc. The library of standard contracts and standard contract terms is available here <https://zakupki.gov.ru/epz/btk/quicksearch/search.html>

Currently, article 22 of the Contract system law regulates in detail the process of determining and justifying both the initial (maximum) price of a contract and the price of a contract concluded with a single supplier. The Ministry of Economic Development of the Russian Federation has developed Methodological recommendations on the application of various methods for determining and justifying prices¹³.

These measures are not only designed to counteract corruption in the procurement of goods, works, services at inflated prices, but are also aimed at achieving budgetary savings (regardless of corruption violations, but to avoid objective errors by customers in the pricing process).

It should be noted that even with an adequate initial price of the contract for bidding, only one application can be submitted, and bidding with a single participant, as is known, is recognized as failed. The lack of competition at the auction disavows the saving of budget funds because non-competitive bidding can be caused by objective reasons, and not just targeted actions of the customer. In order to prevent corruption at this stage of the procurement (conclusion of a contract as a result of the recognition of a failed competitive procurement), the Contract system law provides for a *procedure for coordinating the conclusion of a contract with the supervisory authority (Federal Antimonopoly Service)* (clause 25 part 1 of article 93 of the Contract system law).

Unfortunately, this procedure is still imperfect, practice shows cases of arbitrary refusal by the regulatory authorities to coordinate the conclusion of a contract with a single participant in the procurement procedure. The procurement participants, who turned out to be “the only ones”, try in vain to defend their interests in court¹⁴. It is in vain – because even obtaining a positive court decision declaring the inaction

13 See приказ Минэкономразвития России от 02.10.2013 № 567 “Об утверждении Методических рекомендаций по применению методов определения начальной (максимальной) цены контракта, цены контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем)” [order of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation of 02.10.2013 No. 567 “On approval of the Methodological recommendations on the application of methods for determining the initial (maximum) price of a contract, the price of a contract concluded with a single supplier”].

14 See for example: постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 27.03.2015 № Ф02-831/2015 по делу № А69-2870/2014 [resolution of the Arbitration Court of the East Siberian District of 27.03.2015 No. Ф02-831/2015, case No. А69-2870/2014]; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 27.02.2015 № Ф03-6366/2014 по делу № А73-9526/2014 [resolution of the Arbitration Court of the Far Eastern District of 27.02.2015 No. F03-6366/2014, case No. А73 -9526/2014]; постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.03.2015 № Ф04-16165/2015 по делу № А45-10833/2014 [resolution of the Arbitration Court of the West Siberian District of 25.03.2015 No. Ф04-16165/2015, case No. А45-10833/2014]; постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 29.09.2014 по делу № А28-5837/2014 [resolution of the Second Arbitration Court of Appeal of 29.09.2014, case No. А28-5837/2014]; постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 08.08.2014 по делу № А41-18249/14 [resolution of the Tenth Arbitration Court of Appeal of 08.08.2014, case No. А41-18249/14]; решение Арбитражного суда Свердловской области от 19.06.2014 по делу №

of the control body illegal is not providing for the real restoration of the violated rights and legitimate interests of the procurement participant.

Nevertheless, this procedure is very necessary, since it is aimed at eliminating collusion between the customer and the sole participant in the procurement, when the uncompetitive situation is not due to objective reasons, but is modeled by the customer maliciously (by establishing requirements for the procurement object, procurement participant, and formulating enslaving conditions for fulfilling contractual obligations and so on). This is an additional verification of compliance with the requirements of the Contract system law, carried out on the eve of the conclusion of the contract on the basis of the failed competitive procurement procedure¹⁵.

It is worth noting that the conclusion of the contract is not subject to approval by the supervisory authority in all cases, but only when tenders and requests for proposals are declared invalid.

The savings achieved in course of state and municipal procurement may in some cases have nothing to do with budget savings per se. For example, if there is dumping in the procedure, i.e. the application wins with a clearly underestimated (“bargain”) price, there is a risk that the contract will not be properly executed. There is savings during the conclusion of the contract, but upon completion of the contract there is nothing.

From the foregoing it follows that the price of a won contract is an important, but not the only indicator in the fight against corruption in public procurement.

In this regard, the *anti-dumping measures* regulated in article 37 of the Contract system law deserve a positive assessment. Their essence is to increase the requirements for the size of the contract execution security or, under certain conditions, to establish the requirement to disclose information confirming the good faith of the procurement participant (in the form of experience in the execution of state or municipal contracts confirmed by the registry of contracts for a certain period of time). It seems that these measures will help to counteract corruption conspiracies between procurement participants to the detriment of public interests.

An important anti-corruption barrier in the light of what has been said is the inclusion in the Contract system law (article 94 and others) of norms on *acceptance and examination of contract execution, as well as reporting*.

A60-18543/2014 [decision of the Arbitration Court of the Sverdlovsk region of 19.06.2014, case No. A60-18543/2014] etc.

15 According to the data provided in the report of the Ministry of Finance of Russia, in 2018 the Federal Antimonopoly Service of Russia (FAS) considered 2,561 appeals on agreeing on the possibility of concluding a contract with a single supplier; in 93% of cases the possibility of concluding a contract was approved by FAS// <https://www.minfin.ru/ru/performance/contracts/purchases/>

Procurement is a legal procedure - it embodies a certain sequence of actions by customers up to the execution of the contract (clause 3 of article 3 of the Contract system law). Moreover, one of the principles of the contract system proclaimed the principle of the effectiveness of procurement (articles 6, 12 of the Contract system law). The above standards correspond to article 94 of the Contract system law, dedicated to the specifics of contract execution.

So, the execution of the contract includes a set of specific measures that are implemented after the conclusion of the contract and aimed at achieving the goals of the procurement. Among these measures, a special place is taken by the examination of the delivered goods, the results of the work performed, the services rendered. According to part 3 of article 94 of the Contract system law, to verify the results provided by the supplier, provided by the contract, in terms of their compliance with the terms of the contract, the customer is required to conduct an examination. Such an examination may be carried out by the customer on their own or experts, expert organizations may be involved in conducting it based on concluded contracts.

How should the customer decide on the candidacy of an expert who could verify the results of the contract?²

In its most general form, an expert (from Latin «*expertus*» – experienced) is a qualified specialist in a certain field, involved in research, consulting, development of judgments, conclusions, suggestions, and examination.

According to paragraph 15 of article 3 of the Contract system law an expert or an expert organization is an individual with special knowledge, experience, qualifications in the field of science, technology, art or craft, including an individual entrepreneur or a legal entity (employees of a legal entity must have special knowledge, experience, qualifications in the field of science, technology, art or craft), which carry out activities on the basis of the contract to study and evaluate the subject of examination, as well as to prepare expert opinions on questions posed by the customer or the procurement participant.

The involved expert (expert organization) must also comply with the requirements for the absence of a conflict of interest provided for in article 41 of the Contract system law (this norm is aimed at ensuring the objectivity of the expert during the examination).

There is no normative document that would establish uniform requirements for experts in Russia. Therefore, experts are selected, as a rule, depending on the subject of the contract itself¹⁶. In any case, the

16 See for example: Положение о проведении экспертизы некачественных и опасных продовольственного сырья и пищевых продуктов, их использовании или уничтожении, утв. постановлением Правительства РФ от 29.09.1997 № 1263 // СЗ РФ. 1997. № 40. Ст. 4610 [Regulation on the examination of substandard and dangerous food raw materials and food products, their use or destruction, approved Decree of the

choice of a person who can be considered an expert in a certain field of activity is determined by subjective assessment, subjective decision of the customer.

A situation is obvious in which the results of the expert's work will be checked by the customer himself. But what is the value of such a check, "examination of the results of another examination"? In one case, the customer cannot be an expert, but in the other, he himself will be an expert in relation to a third-party expert.

An examination of the results of contract execution is necessary of course, but it should not be universal, but strictly selective. In addition, it is unreasonable to provide the opportunity for the examination to the customer. In this case, the examination is no different from the acceptance, its isolation is clearly artificial, the customer cannot and should not act as an expert.

It should be noted that the involvement of third-party experts and expert organizations contributes to conflict situations between the customer and the supplier¹⁷.

In conclusion of the presented analysis, we note that Russian legislation on public procurement is very progressive in nature, provides for a significant number of anti-corruption mechanisms, the introduction of which into legislative norms is due to the investigation and systematization of detected corruption violations.

However, the effectiveness of anti-corruption measures in the field of public procurement is associated not only with tightening, but in some cases with a softening of the legislative regime. There are many difficulties associated with overcoming the conflict of interests in state and municipal procurement; it is simply impossible to calculate many conflicts of interest (between colleagues, friends, etc.). In addition, the law does not prohibit corporate conflicts of interest and does not provide for standards protecting the interests of a person who claims to have committed a corruption violation.

An analysis of anti-corruption law enforcement practice and positive foreign experience seems to be extremely necessary in the process of improving the Russian public procurement legislation.

Government of the Russian Federation of September 29, 1997 No. 1263 // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1997. No. 40. Art. 4610].

17 See постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 13.01.2016 № Ф01-5492/2015 по делу № А31-7128/2014 [resolution of the Arbitration Court of the Volga-Vyatka District of January 13, 2016 No. F01-5492/2015, case No. A31-7128/2014].

BIBLIOGRAPHY

Беляева О.А. «Совершенствование» законодательства о размещении заказов для публичных нужд // Законодательство. 2009. № 11 [*Olga Belyaeva.* “Improvement” of legislation on placing orders for public needs // Legislation. 2009. No. 11].

Белов В.Е. Об изменениях гражданского законодательства в условиях формирования контрактной системы в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 10 [*Evgeny Belov.* On changes in civil legislation in the conditions of formation of the contract system in the sphere of procurement of goods, works, services for state and municipal needs // Actual problems of Russian law. 2014. No. 10].

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М. 2005 [*Shershenevich G. F.* Textbook of Russian civil law. Vol. 2. Moscow. 2005].

Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301 [*Civil Code of the Russian Federation (Part One) of November 30, 1994 N 51-FZ // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1994. No. 32. Art. 3301].*

Закон РФ от 28 мая 1992 г. № 2859-1 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд» (утратил силу) // Российская газета. № 148. 1992. 30 июня [Law of the Russian Federation of May 28, 1992 No. 2859-1 “On the supply of products and goods for state needs” (no longer in force) // Rossiyskaya Gazeta. No. 148. 1992. June 30].

Федеральный закон от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3303 [Federal law of December 2, 1994 No. 53-FZ of “On purchases and deliveries of agricultural products, raw materials and food for state needs” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1994. No. 32. Art. 3303].

Федеральный закон от 13 декабря 1994 г. № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» // СЗ РФ. 1994. № 34. Ст. 3540 [Federal law of December 13, 1994 No. 60-FZ “On deliveries of products for Federal state needs” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1994. No. 34. Art. 3540].

Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве» // СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 3 [Federal law of December 29, 1994 No. 79-FZ “On the state material reserve” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1995. No. 1. Art. 3].

Федеральный закон от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе» (утратил силу) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 6 [Federal law of December 27, 1995 No. 213-FZ “On the state defense order” (no longer in force) // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1996. No. 1. Art. 6].

Федеральный закон от 6 мая 1999 г. № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд» (утратил силу) // СЗ РФ. 1999. № 19. Ст. 2302 [Federal law of May 6, 1999 No. 97-FZ “On tenders for placing orders for the supply of goods, performance of works, rendering of services for state needs” (no longer in force) // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1999. No. 19. Art. 2302].

Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (утратил силу) // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105 [Federal law of July 21, 2005 No. 94-FZ “On placing orders for the supply of goods, performance of works, provision of services for state and municipal needs” (no longer in force) // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 2005. No. 30 (part 1). Art. 3105].

Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434 [Federal law of July 26, 2006 No. 135-FZ “On protection of competition” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 2006. No. 31 (1 part). Art. 3434].

Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ “О противодействии коррупции” // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228 [Federal law of December 25, 2008 No. 273-FZ “On combating corruption” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 2008. No. 52 (1 part). Art. 6228].

Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571 [Federal law of July 18, 2011 No. 223-FZ “On procurement of goods, works, and services by certain types of legal entities” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. No. 30 (part 1). Art. 4571].

Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7600 [Federal law of December 29, 2012 No. 275-FZ “On the state defense order” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. No. 53 (part 1). Art. 7600].

Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652 [Federal law of April 5, 2013 № 44-FL “On the contract system in the procurement of goods, works, services for state and municipal needs” // Legislation Bulletin of the Russian Federation. No. 14. St. 1652].

Положение о проведении экспертизы некачественных и опасных продовольственного сырья и пищевых продуктов, их использовании или уничтожении, утв. постановлением Правительства РФ от 29.09.1997 № 1263 // СЗ РФ. 1997. № 40. Ст. 4610 [Regulation on the examination of substandard and dangerous food raw materials and food products, their use or destruction, approved Decree of the Government of the Russian Federation of September 29, 1997 No. 1263 // Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1997. No. 40. Art. 4610].

Приказ Минэкономразвития России от 02.10.2013 № 567 “Об утверждении Методических рекомендаций по применению методов определения начальной (максимальной) цены контракта, цены контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем)” [Order of the Ministry of economic development of Russia of 02.10.2013 No. 567 “On approval of the Methodological recommendations on the application of methods for determining the initial (maximum) price of a contract, the price of a contract concluded with a single supplier”].

Приказ Минкультуры России от 10.06.2019 № 745 “Об утверждении типовых контрактов в сфере культуры” [Order of the Ministry of Culture of Russia of 10.06.2019 No. 745 “On approval of standard contracts in the field of culture”].

Приказ Минпромторга России от 27.12.2019 № 5090 “Об утверждении типового контракта на оказание услуг по ремонту электронного и оптического оборудования для обеспечения государственных и муниципальных нужд, информационной карты типового контракта на оказание услуг по ремонту электронного и оптического оборудования для обеспечения государственных и муниципальных нужд” [Order of the Ministry of Industry and Trade of Russia of 27.12.2019 No. 5090 “On approval of a standard contract

for the provision of repair services for electronic and optical equipment to ensure state and municipal needs, an information card of a standard contract for the provision of electronic and optical equipment repair services to meet state and municipal needs”].

Приказ Минсельхоза России от 19.03.2020 № 140 “Об утверждении типового контракта на поставку продуктов питания” [Order of the Ministry of Agriculture of Russia of 19.03.2020 No. 140 “On approval of a standard contract for the supply of food”].

Представление Счетной палаты РФ от 24.12.2014 № ПР 12-345/12-03 «О результатах контрольного мероприятия «Проверка целевого и эффективного использования средств федерального бюджета, внебюджетных источников и федеральной собственности в 2013 году и за истекший период 2014 года в области здравоохранения в федеральном государственном бюджетном учреждении «Р» Российской академии медицинских наук» [Performance of the Accounts Chamber of the Russian Federation of 24.12.2014 No. 12-345/12-03 “On the results of control measures “Inspection of target and efficient use of Federal budget funds, extrabudgetary sources and Federal property in 2013 and during 2014 in the field of health in the Federal state budget institution “R” of the Russian academy of medical sciences”].

Постановление Верховного Суда РФ от 03.02.2016 № 308-АД15-16778 по делу № А63-10543/2014 [Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 03.02.2016 No. 308-АД15-16778, case № А63-10543/2014].

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.12.2010 по делу № А05-4248/2010 [Decision of Federal arbitration court of the North-Western district of 21.12.2010, case № А05-4248/2010].

Постановление ФАС Уральского округа от 29.06.2011 № Ф09-3639/11 по делу № А76-15247/2010-62-371 [Resolution of the Federal arbitration court of the Ural district of 29.06.2011 No. F09-3639/11, case No. A76-15247/2010-62-371].

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18.01.2012 по делу № А70-2259/2011 [Resolution of the Federal arbitration court of West Siberian district of 18.01.2012, case № А70-2259/2011].

Постановление ФАС Московского округа от 26.12.2013 № Ф05-13600/2013 по делу № А40-94472/12-17-918 [Decision of Federal arbitration court of the Moscow district of 26.12.2013 № Ф05-13600/2013, case № А40-94472/12-17-918].

Решение Арбитражного суда Свердловской области от 19.06.2014 по делу № А60-18543/2014 [Decision of the Arbitration Court of the Sverdlovsk region of 19.06.2014, case No. A60-18543/2014].

Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 08.08.2014 по делу № А41-18249/14 [Resolution of the Tenth Arbitration Court of Appeal of 08.08.2014, case No. A41-18249/14].

Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 29.09.2014 по делу № А28-5837/2014 [Resolution of the Second Arbitration Court of Appeal of 29.09.2014, case No. A28-5837/2014].

Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 27.02.2015 № Ф03-6366/2014 по делу № А73-9526/2014 [Resolution of the Arbitration Court of the Far Eastern District of 27.02.2015 No. F03-6366/2014, case No. A73 -9526/2014].

Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 27.03.2015 № Ф02-831/2015 по делу № А69-2870/2014 [Resolution of the Arbitration Court of the East Siberian District of 27.03.2015 No. Ф02-831/2015, case No. A69-2870/2014].

Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.03.2015 № Ф04-16165/2015 по делу № А45-10833/2014 [Resolution of the Arbitration Court of the West Siberian District of 25.03.2015 No. Ф04-16165/2015, case No. A45-10833/2014].

Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 13.01.2016 № Ф01-5492/2015 по делу № А31-7128/2014 [Resolution of the Arbitration Court of the Volga-Vyatka District of 13.01.2016 No. F01-5492/2015, case No. A31-7128/2014].

Library of standard contracts and standard terms and conditions of contracts // <https://zakupki.gov.ru/epz/btk/quicksearch/search.html>

UNCITRAL Model law on public procurement of 1 July 2011 // https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement

<https://www.minfin.ru/ru/performance/contracts/purchases/>