

MARIA VIRGINIA NABUCO DO AMARAL MESQUITA NASSER

ESTADO INVESTIDOR E GOVERNANÇA

Tese de Doutorado

Orientador Prof. Dr. Luís Fernando Massonetto

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019**

MARIA VIRGINIA NABUCO DO AMARAL MESQUITA NASSER

ESTADO INVESTIDOR E GOVERNANÇA

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário sob a orientação do Prof. Dr. Luís Fernando Massonetto.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019**

Autorizo a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Mesquita Nasser, Maria Virginia Nabuco do Amaral
Estado investidor e governança / Maria Virginia Nabuco do Amaral
Mesquita Nasser. - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2019.
179f.

Orientador: Prof. Dr. Luís Fernando Massonetto.

Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração, Direito Econômico, Financeiro e Tributário, 2019.

1. Governança 2. Estado investidor. 3. Corrupção. 4. Interesse público.
5. Direito Econômico. I. Massonetto, Luís Fernando. II. Título.

CDU

MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. **Estado investidor e governança**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Hikmat, Raduan e Mariam, que enchem nosso presente de alegria, mesmo nesses tempos brutos, e nos lembram da obrigação de lutar pelo futuro.

Para Salem, que divide comigo o projeto de tentar educar nossos filhos no evangelho da caridade, da justiça e do respeito aos direitos humanos.

A meu pai, João, que partiu cedo demais, mas não sem antes nos ensinar os valores da fraternidade e do trabalho. E à minha mãe, Bernadette, que seguiu conosco.

A todos os brasileiros e brasileiras que se dedicam a reformar nossos governos. Eles são a força tarefa da construção de um Brasil para todos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha mãe e ao meu marido Salem, pelo apoio de sempre, sobretudo nestes anos do Doutorado, que foram também os anos da chegada de meus três filhos. Sem ela, não teria passado do primeiro crédito do programa de doutorado. Além da Dona Bernadette, tenho, por parte de pai, de mãe e, mais recentemente, de marido, uma família enorme, amorosa e barulhenta, com pessoas que olham por mim e por meus irmãos desde a perda do nosso pai, há alguns bons anos. Seriam muitos nomes para citar aqui e, por isso, vou me furtar a fazê-lo, deixando apenas meu muito obrigado.

Agradeço à super Elaine, que divide comigo a tarefa de cuidar dos meus filhos, sem cujo apoio não teria a mesma possibilidade de me dedicar à vida profissional e acadêmica.

Agradeço ao meu orientador, Luís Fernando Massonetto, pelas ricas discussões, não apenas jurídicas, por ter me aceito no programa de doutorado quando já estava em minha primeira gravidez e pela delicadeza generosa com que recebeu, durante o doutorado, a notícia de que estava grávida novamente. E por duas vezes... Também agradeço aos professores Diogo Rosenthal Coutinho, Floriano de Azevedo Marques, Rodrigo Pagani de Souza, Vitor Rhein Schirato, Gustavo Justino de Oliveira, Danilo Tavares e Marcos Augusto Perez, estes dois últimos presentes na minha banca de qualificação, por me despertarem para muitas das ideias que desenvolvi aqui. Maria Paula Bertran, em uma enorme demonstração de amizade, contribuiu muito para a melhora da tese. Marina Costa Moreira, Maria Isabella Haro Meloncini e Pedro Mouhallen também me ajudaram bastante com o texto. E, claro, nenhuma destas pessoas é responsável pelas falhas que ele contém.

Rabih Nasser, André Martin, Nara Merlotto e Victor Pessoa me prestaram valioso apoio e solidariedade no ambiente de trabalho. O mesmo fizeram, fora do trabalho, Luciana Dias, José Garcez e Raquel Azevedo.

Agradeço, ainda, a José Eduardo Faria por me acolher no Pet-Capes, ainda na graduação.

E a Mariana Macário, Marianna Sampaio e Marcelo Behar, amigos que me empurraram para a inquietação cívica e acadêmica

MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. **Estado investidor e governança**. 179f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar que as relações investigadas no âmbito da chamada Operação Lava a Jato são produto não de uma série de atos de corrupção isolados praticados no bojo das políticas desenvolvimentistas dos últimos anos, mas de um processo de captura dos investimentos estatais em infraestrutura com origem já no processo de industrialização do Brasil e consolidadas no período autoritário. Trata-se, mais que de corrupção (embora disto também se trate), de um déficit de governança. Estas relações vieram a ser investigadas e punidas em um momento de exacerbação dos aparatos estatais de combate à corrupção, divididos de forma pouco organizada entre diversas instituições e, nos últimos anos, apoiados em recomendações internacionais transplantadas de forma incompleta e sob clamor popular. Nesse contexto, a espiral punitiva desencadeada com a Lava a Jato envolveu as grandes construtoras brasileiras em inúmeros procedimentos de responsabilização, em distintas esferas, sem que o ordenamento contemplasse uma solução que permitisse sua reabilitação para seguir atuando em seus mercados de atuação. Dada a importância destas empresas para a economia brasileira, a operação gerou uma enorme corrosão de valor no mercado nacional, contribuindo para a estagnação econômica do Brasil nos últimos anos e ceifando milhares de empregos. Tudo isto a pretexto de salvaguardar o interesse público. Assim, o presente trabalho procura trazer uma alternativa a este mecanismo, buscando uma nova abordagem do tema, que considere a proteção a empresas economicamente viáveis envolvidas em corrupção e dispostas a erradicar esta prática como forma de proteção ao interesse público primário, de modo a conciliar a política sancionatória de combate à corrupção e a preservação das empresas nela envolvidas, a fim de se minimizar custos econômicos e sociais para a sociedade como um todo. Por fim o trabalho indaga se os achados da operação ainda permitem acreditar que ainda há espaço para a intervenção do Estado na economia, concluindo que sim, uma vez que parte da solução para o problema da corrupção não reside apenas em punição e privatizações, mas em reformas que levem a um incremento da governança nas relações entre público e privado.

Palavras-chave: Corrupção, Interesse público, Governança, Estado investidor, Lava a Jato

MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. **State investor and governance**. 179p. Thesis (PhD). University of São Paulo Law School. 2019.

ABSTRACT

This work aims at showing that the relationships investigated in the context of Car Wash operation are not a result of several acts of corruption carried within the last years, when developmental policies have been in place in Brazil, but a by-product of the capture of State investment policies in the infrastructure industry with origins in the Brazilian industrialization period and consolidated during the authoritarian period of Brazilian history. Those relationships have been investigated and punished in a moment where the anticorruption state mechanisms were exacerbated, poorly organized between several institutions and, in the last years, relying on international recommendations not fully transplanted to our legal order and under popular rage. In this context, the punishment spiral triggered by the Car Wash operation involved the largest Brazilian heavy construction companies in several enforcement procedures, from different jurisdiction spheres, with no alternative to allow the prosecuted companies to rehabilitate themselves and go back to operate in their markets left in place. Given the importance of these companies for the internal economy, the operation caused huge economic losses, contributing to the economic stagnation Brazil has been facing in the last years and eliminating thousands of jobs. All of this under the proclaimed intent to protect the public interest. In view of that, the present work seeks alternatives to this mechanism, looking for a new approach towards the problem, which considers the protection of financially viable companies involved in corruption and willing to cease its illegal practices as a way of protecting the primary public interest, in order to conciliate the anticorruption enforcement policy and the preserving of companies, as to minimize economic and social costs for the society as a whole. Finally, the work questions whether the findings of the Car Wash operation still allow to believe that there is some space left for State intervention in the economy. It concludes that they do, once part of the solution for the corruption problem rests not only on punishment and privatization efforts, but in reforms leading to better governance in public-private relationships.

Keywords: Corruption, Public interest, Governance, State investor, Car Wash.

MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. **État investisseur et gouvernance**. 179p. PhD - Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUME

Cette thèse cherche à démontrer que les relations investiguées dans le cadre de l'opération que l'on a appelé « Lava a Jato » ne constituent pas le produit d'une série d'actes isolés de corruption qu'ont été perpétrés au sein des politiques de développement des dernières années. Elles sont plutôt le produit d'un processus de capture des investissements de l'État dans le domaine de l'infrastructures dont les origines se trouvent déjà au processus d'industrialisation du Brésil et qui s'est consolidée pendant le période autoritaire. Il s'agit de plus que de la corruption (bien qu'il s'agisse aussi de corruption) ; il s'agit d'un déficit de gouvernance. Ces relations ont fait l'objet d'investigations et ont été sanctionnées à un moment d'exacerbation de l'apparat public de combat à la corruption, un appareil distribué de manière non organisée entre plusieurs institutions et soutenu, ces dernières années, par des recommandations internationales transposées de façon incomplète et dans un tollé populaire. Dans ce contexte, la spirale punitive déclenchée par la « Lava a Jato » a impliqué les grandes compagnies de construction brésiliennes dans de nombreuses procédures de prosecution, dans différents domaines, sans que l'ordonnement ait envisagée les moyens qui permettraient sa réhabilitation pour continuer à travailler et produire. Compte tenu de l'importance de ces entreprises pour l'économie brésilienne, cette opération a entraîné une énorme corrosion de valeur sur le marché national, contribuant à la stagnation économique du Brésil au cours de ces dernières années et à la élimination de milliers d'emplois. Tout cela sous prétexte de sauvegarder l'intérêt public. Ainsi, le présent travail cherche à fournir une alternative à ce mécanisme, en essayant une nouvelle approche au sujet, en considérant la protection des entreprises économiquement viables qui soient impliquées dans la corruption et au même temps disposées à l'éliminer de leurs pratique comme une forme de protection de l'intérêt public primordial, de manière à concilier la politique de sanction en matière de lutte contre la corruption et la préservation des entreprises qui y participent, afin de minimiser les coûts économiques et sociaux pour la société dans son ensemble. Enfin, la thèse examine si les conclusions de l'opération nous permettent encore de croire qu'il reste une marge quelconque d'intervention de l'État dans l'économie, concluant que oui, puisqu'une partie de la solution au problème de la corruption ne réside pas seulement dans la sanction et la privatisation, mais plutôt dans des réformes qui conduisent à un renforcement de la gouvernance dans les relations du genre public-privé.

Expressions clés: corruption, intérêt public, gouvernance, État investisseur, Lava a Jato.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Fases do período autoritário no Brasil (1964-1988)	34
Tabela 2 - Conexão entre “obras emblemáticas do período autoritário” e a presença no “clube das 16”	39
Tabela 3 - Práticas reveladas no âmbito da Operação “Lava Jato” classificadas por categorias	60

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1** – Esquema de desvio de recursos da Petrobras segundo a operação “Lava a Jato”58
- Figura 2** - Esquema amplo de desvio de recursos públicos segundo a operação “Lava a Jato”59

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. À GUIA DE CONTEXTO	25
1.1. O (nem tão) novo ativismo estatal, a corrupção a ele associada e a formação de um oligopólio na construção pesada	25
1.2. No meio do caminho, havia reformas	42
CAPÍTULO 2. OS ACHADOS E OS EFEITOS DA LAVA A JATO	57
2.1. Mas, afinal, o que a Lava a Jato revela?	57
2.2. A corrupção em sentido criminal, a corrupção em sentido amplo e o círculo das rotulações	67
2.2.1. A corrupção em sentido criminal	67
2.2.2. A carga de sentido do termo corrupção	83
2.3. Combate à corrupção por um sistema multiagências descoordenado no capitalismo de estado – a tempestade perfeita no setor de infraestrutura	89
CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO NO DIREITO ECONÔMICO	95
3.1. A Constituição Econômica protege a empresa no interesse do cidadão	95
3.2. O interesse público correspondente à preservação da empresa como critério de harmonização das múltiplas competências de controle	102
3.3. Sanção e culpabilidade na perspectiva de uma política de incentivos contra a corrupção e de preservação da empresa	113
3.4. O critério de preservação das empresas e mercados em um contexto de crise sistêmica – considerações e uma comparação	133
CAPÍTULO 4. AINDA HÁ ALGUM CAMINHO PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA?	143
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS	163

INTRODUÇÃO

A pena, o utilíssimo placebo com o qual o Estado do empreendimento neoliberal substituiu suas intervenções provedoras, nunca foi capaz de transformar a realidade; ao contrário, as mais importantes transformações históricas provieram de forças em confronto aberto com o sistema penal. Prefácio de Nilo BATISTA in DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JR., Lauro Joppert (Orgs.) **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade.** São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2010. p. 17.

A operação Lava a Jato¹, é um grande revelador de gargalos de governança em distintas esferas dos sistemas jurídico e político-social brasileiros. Ao fazer esta afirmação, refiro-me a governança como “o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão”.²

No contexto da atuação do Estado, tomo como definição de boa governança, consciente dos muitos significados atribuídos à expressão, a de Mungiu-Pippidi, que define como boa governança o estado de coisas em que uma sociedade é governada por regras de *universalismo ético*, em oposição às de *particularismo*, ou, em outras palavras:

¹Embora as diversas referências à Operação Lava a Jato na mídia usem a grafia “Lava Jato”, nesta tese utilizarei a grafia “Lava a Jato”. Entendo ser esta a forma correta, tendo em vista que a operação foi assim batizada em referência aos postos de combustível e lavagem expressa de carros que escondiam esquemas de lavagem de dinheiro, investigados no início da operação (antes de ela tomar as atuais proporções). Ora, o posto de lavagem expressa é um lava a jato, sendo “a jato” o modo de lavar (com pressão da água a jato), e não o objeto que se lava. Daí porque o uso da preposição.

²Trata-se do mesmo sentido empregado pelo art. 2º, inciso I, do Decreto Federal nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. No contexto deste decreto, governança pública é aquela que recai sobre a gestão da condução de políticas públicas e a prestação de serviços de interesse da sociedade. Escolho esta definição consciente de que há muitos sentidos atribuídos tanto aos termos governança (*governance*) quanto para a expressão dele derivada (*good governance*), inclusive na literatura sobre direito e desenvolvimento. Gisselquist, analisando as muitas definições da expressão *good governance* empregada por instituições multilaterais de desenvolvimento observa que além de numerosas, elas não são coerentes. “Boa governança” seria um conjunto de instituições ou características presentes em estados desenvolvidos e necessárias para que países em desenvolvimento alcançassem este estágio. Nem todas as instituições/características são listadas em nas diversas definições. Além disso, é contraditório que algumas das características mencionadas, como capacidade de promover um dado modelo de reformas fiscais (não definido) promova desenvolvimento. GISSELQUIST, Rachel M. *Good governance as a concept, and why this matters for development policy.* **World Institute for Development Economics Research Working Paper n. 2012/30.** Helsinki: UNU-WIDER, 2012. Para uma reflexão sobre o surgimento do conceito de governança como algo externo ao âmbito dos governos e da hierarquia piramidal das normas v. NASSER, Salem Hikmat; GARCEZ GHIRARDI, José. Around the pyramid: political-theoretical challenges to law in the age of global governance. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 61-69, 2018.

[Q]uando uma sociedade atinge a capacidade de limitar o comportamento corrupto de modo a aplicar a norma da integridade individual nos negócios e na política, de modo a prevenir a captura do Estado por interesses particulares e assim promover o interesse público e o bem estar social. Controle da corrupção e *rule of law*³ se sobrepõem dentro de um complexo equilíbrio que inclui um governo sujeito à lei; igualdade dos cidadãos perante a lei; respeito por direitos individuais; distribuição igualitária e justa de recursos públicos; e normas sociais correspondentes como respeito pelas regras e observância amplamente difundida de uma norma de universalismo ético.⁴

Iniciada a partir da apuração de suspeitas de corrupção na empresa estatal Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e a pretexto de combatê-la, a operação Lava a Jato vem colocando no centro da percepção pública as relações promíscuas entre Estado e agentes privados que permeiam de forma profunda o capitalismo de Estado brasileiro, que é, na expressão de Sérgio Lazzarini, um capitalismo de laços⁵.

Capitalismo de Estado significa, de forma simplificada, um sistema de economia de mercado que conta com a participação do Estado na economia (portanto, economias que sofrem intervenção do Estado, mas não a ponto de serem coletivistas). Neste sentido, seria difícil encontrar um sistema capitalista que não seja, em alguma medida, também de Estado, como bem demonstrou a última grave crise financeira de 2008, período de forte intervenção estatal no sistema econômico, apenas para citar um exemplo.⁶ Ao utilizar o termo “capitalismo de Estado brasileiro”, de forma particular, fazemos referência ao sistema

³*Rule of law* tem sido normalmente traduzido para o português como sendo o equivalente a “Estado de Direito”. Creio que a melhor tradução para o termo seria “império do Direito”, no sentido de sujeição do Estado e das relações sociais como um todo ao Direito – ou seja, um estado de coisas em que nada ou ninguém seria maior que a lei e a aplicação dela não sofre exceções. Um estado (no sentido de situação e não de pessoa de direito público) de governo pelas leis. Devido às muitas nuances envolvidas na tradução, optei por manter a referência em inglês, posto que seu significado já é de amplo conhecimento em nosso meio jurídico. Agradeço a Salem Nasser, de quem tomei emprestada esta reflexão.

⁴MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles. In: _____; JOHNSTON, Michael (Eds.). **Transitions to good governance: creating virtuous circles of anti-corruption**. Cheltenham: Elgar, 2017. p. 4. Para Mungiu-Pippidi, particularismo seria uma derivada do conceito weberiano de patrimonialismo, consistente no em “um modo de trocas, incluindo uma variedade de relações interpessoais e entre Estado e pessoas como clientelismo, suborno, favorecimento, nepotismo e outros favoritismos, algumas dos quais envolvem, em nível individual, alguma forma de patrimonialismo. Particularismo é definido como desvio da normal ética universalista de alocação social (conforme definida pela lei, pelas regras e pelos modernos princípios administrativos da impessoalidade, imparcialidade e igualdade, bem como por relações de mercado), resultando em benefício privado não obtido por mérito”. Id. *Ibid.*, p. 5.

⁵LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 3.

⁶Para uma análise da ascensão do capitalismo de estado e a sua relação com a crise de 2008, vide BREMMEN, Ian. State capitalism comes of age: the end of the free market? **Foreign Affairs**, v. 88, n. 3, p. 40-55, May/June 2009. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20699562?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: mar. 2019.

capitalista desenvolvido no Brasil, que sempre foi marcado por forte atuação do Estado via canais diversos de política econômica (intervenção cambial, políticas de crédito, investimento em estatais e semi estatais, subsídios fiscais a setores industriais e outros)⁷. Com o passar dos anos, notou-se que o capitalismo de Estado brasileiro era também um capitalismo de laços, com alguns poucos agentes se recombinao nas estruturas empresariais, mesmo (e, paradoxalmente, de forma ainda mais marcante) após o período de privatizações e abertura econômica ocorrido nos anos 90. As privatizações chegaram até mesmo a contribuir para aumentar a participação do Estado na economia. A este contexto em que se forma um “emaranhado de contatos, alianças e estratégias e de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos” Lazzarini denomina “*capitalismo de laços*”. Na definição do autor,

Trata-se de um modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública. (...)

Laço, neste livro, é algo que deve ser entendido de forma mais genérica, como “relação entre atores sociais para fins econômicos” [em oposição a laços de família ou intimidade, por exemplo].

(...)

Seria esse processo de construção de laços mútuos algo legítimo ou uma disfunção do capitalismo? Para alguns economistas, o capitalismo de laços é uma espécie de distorção do mercado, fazendo com que projetos ou decisões de investimento sejam influenciados por contatos sociais e critérios políticos em vez de considerações mais isentas sobre seu mérito econômico. Na língua inglesa, há até um termo para caracterizar essa visão mais negativa: *crony capitalism*. *Crony* significa justamente “amigo próximo”, “colega”. Mas o termo, visto sob uma lente econômica, acabou tomando feição pejorativa. Sob a influência de contatos – incluindo contatos com políticos e governantes -, os recursos poderiam ser mal alocados na sociedade, favorecendo os interesses das partes envolvidas.⁸

Este sistema de atores que se recombinao em relações de negócios com o Poder Público criou uma relação simbiótica entre Estado e empresários, desvendada em parte pela Lava a Jato. A meu ver, os ilícitos criminais (e, agora, de violação à Lei Anticorrupção) apurados são subproduto de um déficit maior de governança, a reclamar reformas estruturais, mais do que a reação de um sistema esquizofrênico de punição que se tem visto até o momento.

⁷Veja-se, por todos, MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. p. 81.

⁸LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**, cit., p. 4.

Esta espiral incendiária do sistema punitivo, alimentada por forte exposição midiática, pode ser explicada em parte por outro elemento importante do contexto em que foi deflagrada a Operação Lava a Jato. Trata-se da percepção, já antiga, da corrupção como o mais grave problema da sociedade brasileira, associada a uma forte herança cultural do brasileiro. Ela é identificada tanto no ideário popular, onde está fortemente sedimentada a ideia do Brasil como o país do jeitinho, como na academia⁹ e na esfera jurídica. Seja na esfera acadêmica brasileira ou em discursos oficiais de combate à corrupção, a tese sobre a corrupção no Brasil que parece ter maior influência é a do patrimonialismo¹⁰, na versão formatada por Raimundo Faoro a partir de um conceito originalmente weberiano^{11 12},

⁹POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Accountability institutions and political corruption in Brazil. In: _____; _____ (Eds.). **Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability**. Notre Dame-IN, USA: University of Notre Dame Press, 2011. No texto, dizem os autores (p. 10): “Há uma longa tradição de se explicar a corrupção no Brasil como resultado de tradições culturais, seja ela a ausência de uma clara separação entre público e privado, como na caracterização de Faoro (Faoro [1958] 1996; ver também Domingues 2008; Fernandes 1975; Roett 1988); a discussão sobre o transplante das tradições ibéricas de confiança baseada em redes familiares de Sérgio Buarque de Holanda ([1936], 1971); a discussão de Da Matta (1979) sobre a figura do malandro; ou a frequente invocação do jeitinho como uma forma particularmente brasileira de adaptação social.” (p. 10, tradução livre). O texto original diz o seguinte: “There is a long tradition of explaining corruption in Brazil as the result of cultural traditions, whether it is the absence of a clear separation between public and private, as in Faoro’s depiction of patrimonialismo (Faoro [1958], 1996, see also Domingues, 2008; Fernandes 1975; Roett 1999); Sérgio Buarque de Holanda’s ([1936] 1971) discussion of the transplanted liberal traditions of trust conditional on family networks; Da Matta’s (1979) discussion of the figure of the *malandro*; or the frequente invocation of the *jeitinho* as a particularly Brazilian form of social adaption.” (itálico do autor).

¹⁰Patrimonialismo como a apropriação da função pública e dos benefícios a ela associados de forma privada, fazendo ruir a impessoalidade da administração é um conceito desenvolvido por Weber e posteriormente explorado por Faoro. V. WEBER, Max. **Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva**. Trad. José Medina Echavarría et. al. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 185 e ss. e WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltenir Dutra. São Paulo: LDC, 1982.

¹¹Os comentários de Nelson Hungria trazem interessante síntese sobre as preocupações não apenas com a venalidade que então já permeava a Administração, bem como com a impunidade dos malfeitos: “O afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a steeplechase dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o “contínuo”, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, a mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à própria sorte.” (grafia original) HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX: Artigos 250 a 361, p. 362.

¹²FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. A rica tese de Faoro tem nuances que obviamente, não podem ser esmiuçadas nesta síntese. De qualquer maneira, a tese parece encontrar seus limites para explicar certas situações hoje muito presentes na sociedade brasileira, em que castas da burocracia que acederam de forma legítima ao aparelho estatal organizam o Estado de forma a manter privilégios para si próprias ou a funcionarem como ilhas de poder, a que se deu o nome de neopatrimonialismo. Vide, a respeito, POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. op. cit.; TAYLOR, op. cit., p. 11, e PALMA, Juliana Bonacorsi de; MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). **Controle da administração pública**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21-38.

fundada da ideia básica de que o estamento brasileiro, erodindo ou não permitindo que seja criada qualquer separação entre a esfera particular da elite e a esfera pública, sirva-se do Estado em benefício próprio, criando uma estrutura rígida, insuperável – “a túnica rígida do inexaurível, pesado, sufocante”¹³ - de favorecimento ao estamento dentro do aparelho estatal.

Também não é novidade que a – justificada – preocupação e revolta com a corrupção torna o tema um objeto de escândalo junto à opinião pública e na arena política. Entretanto, nos anos recentes, o desejo expresso pela opinião pública de finalmente pôr fim à impunidade dos corruptos tem sido reforçado por uma atuação da imprensa que fez cobertura hiperbólica dos escândalos de corrupção, ajudando a cristalizar a visão de que a corrupção é o maior dos problemas do Brasil.¹⁴ Não à toa a corrupção e a possibilidade de continuidade da Operação Lava a Jato influenciaram a campanha eleitoral para a Presidência da República em 2018.^{15 16}

¹³FAORO, Raymundo. op. cit., p 838.

¹⁴“A última edição do Latinobarômetro (2015) revelou um dado nada surpreendente, mas sobre o qual devemos refletir. O Brasil foi o único país em que a corrupção é vista como o maior problema: 22% dos respondentes da pesquisa assim opinaram. A série histórica desta medida de percepção também é reveladora. Sem em 2010 a proporção de entrevistados que optaram por essa resposta era de somente 3%, em 2005 esse número batia os 20%. Até as pedras do calçamento sabem que tal oscilação na percepção dos brasileiros está diretamente relacionada aos dois maiores escândalos de corrupção em nosso país das últimas décadas: o chamado Mensalão e o escândalo da Petrobrás, também denominado de Lava Jato ou Petrolão por boa parte dos meios de comunicação.” FERES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 205, jul. 2016.

¹⁵Essa é inclusive posição refletida na cobertura midiática das eleições. A Gazeta do Povo noticiou o combate à corrupção como "tema obrigatório" para as eleições de 2018 (KADANUS, Kelli. Lava Jato faz do combate à corrupção tema obrigatório das eleições em 2018. **Gazeta do Povo**, São Paulo, 18 nov. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2018/lava-jato-faz-do-combate-a-corrupcao-tema-obrigatorio-das-eleicoes-em-2018-1rcjryw0xq4utdel3mq0txqn>. Acesso em: mar. 2019). Ademais, o discurso do combate à corrupção, adotado pelo candidato que se sagrou vencedor das eleições de 2018, é noticiado como tema decisivo para o seu eleitorado: “Na esteira da Operação Lava-Jato, o combate à corrupção se tornou uma das mais importantes bandeiras políticas do Brasil. Virou também um dos principais propulsores da candidatura de Jair Bolsonaro (PSL) - o desempenho do candidato é melhor onde o eleitor se preocupa mais com a corrupção, segundo análise do jornal O Estado de S. Paulo a partir de pesquisas do Ibope nos Estados.” (ELEIÇÕES 2018: as propostas de Bolsonaro e Haddad para o combate à corrupção. **BBC News**, São Paulo, 25 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45958673>. Acesso em: mar. 2019).

¹⁶Parece ter havido um círculo vicioso: o desejo popular de pôr fim à impunidade deu apoio à operação, que por sua vez o alimentou com mais e mais exposição dos achados da operação, que recebeu ainda mais apoio e gerou a percepção de que a corrupção seria responsável pela crise econômica em que o país mergulhou, sem que se percebesse os efeitos da Lava a Jato a agravavam (TENDÊNCIAS CONSULTORIA INTEGRADA. **Cenários regionais de setores, PIB e renda 2015-2019**. Mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2zVJRZY>. Acesso em: dez. 2018). O uso da opinião pública para legitimar a operação foi intencional. Basta ver a eficiência da comunicação dos órgãos nela envolvidos com a imprensa, a quantidade de informações sobre a operação disponíveis no próprio *website* do Ministério Público Federal, com números e ilustrações. Esta busca por apoio popular deriva, ao menos em parte, da percepção de que a aprovação da opinião pública é necessária quando se trata de processar e punir agentes políticos do alto escalão e empresários. Este elemento foi importante para o sucesso da Operação Mãos Limpas na Itália e o Juiz Sérgio Moro, um dos responsáveis pelos processos da operação, demonstra ciência disto em artigo de sua autoria. Cf. MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Puliti. **R. CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

No trabalho que me proponho a desenvolver, adoto a visão de Filgueiras, segundo a qual a “corrupção não está associada ao caráter do brasileiro, mas a uma construção social que permite que ela seja tolerada como prática”.^{17 18} Esta visão permite adotar a premissa de que a corrupção não seria um defeito moral do povo brasileiro, como apregoam tantos discursos e uma parte da percepção pública, mas tem suas origens em questões estruturais. Com isso, procuro deslocar o combate à corrupção de uma perspectiva de moralismo para uma de reformas¹⁹.

Para além das questões de clamor popular e frustração social, condições institucionais contribuíram para que justamente a partir de 2014 tenha se deflagrado uma operação de investigação de esquemas indevidos de relações entre empresas e o Estado brasileiro das proporções da Lava a Jato. Uma delas é a implementação de reformas de combate à corrupção há muito exigidas do Brasil pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), seguindo, assim, um modelo formatado internacionalmente de combate à corrupção e ao crime organizado. Modelo este que se apoia fortemente em esquemas de colaboração premiada e programas de leniência como instrumento fundamental para que se cumpra a difícil tarefa de combater a criminalidade de grande poder econômico.

No Brasil, a implementação deste modelo se deu a partir de reformas legislativas trazidas pela Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013) e a Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção (LAC), embora em

¹⁷Na literatura jurídica, o trabalho de Pagotto dialoga com a corrupção como elemento associado à cultura patrimonialista da sociedade brasileira, uma herança ibérica ainda não varrida pelo processo de modernização capitalista, conforme identificada no trabalho seminal de Raimundo Faoro. Para dar mais um exemplo de como a redução da teoria faoriana à existência de uma herança cultural de patrimonialismo que explica de forma genérica as mazelas brasileiras associadas à malversação de recursos públicos, cito a dissertação de mestrado de Fernando Rissoli Lobo Filho, cuja abertura é exatamente a seguinte: “Em decorrência de uma cultura patrimonialista, assente desde a sua origem colonial, o Brasil sempre foi vítima de escândalos de corrupção, mau uso de dinheiro público, improbidade administrativa, nepotismo, etc. E essas ilegalidades nem sempre foram ou são cometidas apenas por agentes públicos. Muito pelo contrário, na maioria das vezes, há a figura do particular que induz ou concorre para a prática do ato ilícito, beneficiando-se direta ou indiretamente.” (LOBO FILHO, Fernando Rissoli. **A lei anticorrupção e o regime jurídico do direito administrativo sancionador**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 13). Contudo, preferimos adotar a visão de Filgueiras, conforme exposto na sequência.

¹⁸FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 394, nov. 2009.

¹⁹Para uma breve reflexão sobre a distinção entre o moralismo e a busca pela moralidade pública, v. RODRIGUEZ, Caio Farah; GRANDCHAMP, Márcio S. Moralidade pública vs. moralização social: esquema revelado pela Operação Lava Jato caracteriza, de forma inequívoca, violação fundamental da moralidade pública. **Jota**, 10 jun. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moralidade-publica-versus-moralizacao-social-10062015>. Acesso em: abr. 2019.

nenhum momento seu texto repita com exatidão as práticas tipificadas como corrupção no Código Penal brasileiro (CP). Estas leis preveem os institutos de “justiça negociada”, que recebem o nome de delação premiada na primeira e acordo de leniência na segunda. Por questões que este trabalho não poderá analisar, condições especiais permitiram ações inclusive questionáveis para que diversos dirigentes de estatais, executivos de grandes construtoras, suspeitos de ações de lavagem de dinheiro (os chamados operadores) e políticos fossem presos preventivamente e que, a partir disso, viessem a público os primeiros depoimentos prestados a título de colaboração premiada.

Esses depoimentos e outras peças processuais produzidas no âmbito dos diversos procedimentos judiciais em curso, embora não possam ser tomados como reveladores de verdades absolutas (sobretudo porque, em muitos casos, são depoimentos de réus presos à época em que os prestaram²⁰), permitem extrair de seu conteúdo padrões tão problemáticos quanto persistentes nas relações entre público e privado, sobretudo na implementação de projetos de infraestrutura e indústria de base. Essas ações, embora não possam, em muitos casos, ser tidas como atos de corrupção conforme tipificados pelo CP, mostram ou uma captura de políticas públicas estatais relacionadas às decisões de investimento, ou à obtenção de algum incentivo estatal, e vêm acompanhadas de ilícitos que permitiram tais esquemas (como a lavagem de dinheiro, o uso de recursos não contabilizados – o chamado “caixa 2” – e doações eleitorais irregulares).

Os relatos dos esquemas de corrupção alcançam diversas áreas nas quais se faz presente a atuação do Estado na economia, desde os investimentos na Petrobras (nos quais se verificaram os esquemas mais agudos de corrupção), até a tentativa de reconstrução da indústria naval brasileira, com o projeto Sete Brasil, passando, ainda, por investimentos realizados pelo Fundo de Investimento em Infraestrutura do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FII-FGTS). Alcançam, também, projetos realizados com o apoio das Centrais Hidrelétricas Brasileiras (Eletrobrás), como a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, quarta

²⁰Martin Yant destaca o dilema ético do instituto da delação premiada, que pode conduzir à condenações de inocentes: “Mesmo quando as acusações são mais sérias, os promotores muitas vezes ainda fazem com que advogados de defesa e seus clientes se declarem culpados de uma ofensa menor. Como resultado, as pessoas que poderiam ter sido absolvidas por falta de provas, mas que na verdade são verdadeiramente inocentes, muitas vezes se declararam culpadas da acusação. Por quê? Em uma palavra, medo. E quanto mais numerosas e sérias as acusações, estudos mostraram, maior o medo.” (tradução livre). Original: “Even when the charges are more serious, prosecutors often can still bluff defense attorneys and their clients into pleading guilty to a lesser offense. As a result, people who might have been acquitted because of lack of evidence, but also who are in fact truly innocent, will often plead guilty to the charge. Why? In a word, fear. And the more numerous and serious the charges, studies have shown, the greater the fear.” (YANT, Martin. **Presumed guilty**: when innocent people are wrongly convicted. New York: Prometheus Books, 1991. p. 172).

maior hidrelétrica do planeta. As ações penais decorrentes da Operação Lava a Jato atingiram a quase totalidade das grandes construtoras brasileiras, peças-chaves do capitalismo de laços doméstico. Algumas delas também já responderam ou respondem a processos administrativos junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ações de improbidade administrativa, e procedimentos de responsabilização junto ao Tribunal de Contas da União (TCU). Essas empresas sempre dependeram fortemente tanto dos contratos para fornecimento de obras e serviços com o Poder Público, quanto de financiamentos fornecidos por bancos estatais (como, de resto, grande parte do setor produtivo em um país em que o crédito de longo prazo vem sendo oferecido por um banco estatal – o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)).

Com a divulgação dos escândalos de corrupção, estas empresas, antes mesmo de concluídas as ações em que foram envolvidas, tiveram, sem que haja qualquer base legal para tanto, contratos com a Administração Pública suspensos ou cancelados, inclusive os financiamentos contratados, ou em fase de negociação, junto a bancos estatais. Este movimento causou impactos brutais na economia brasileira. Com isso, a Lava a Jato produziu uma grave crise no setor de infraestrutura, tornando mais agudos os efeitos de uma recessão que já se instalava quando foi deflagrada a operação, conforme detalhamos no Capítulo 2, mais adiante.

A cada delação todos os órgãos de controle, imbuídos do dever de agir, instauraram os procedimentos cabíveis dentro de suas esferas de atuação e reclamaram para si o direito de participar dos acordos de leniência, sem o que as empresas não se reabilitariam a retomar suas atividades. Ocorre que as empresas envolvidas na operação correspondem a parcela significativa das maiores empresas brasileiras, geradoras de milhares de empregos, “verdadeiros conglomerados importantes sobre os quais se escora porção importante dos grandes planos de infraestrutura concebidos para o Brasil”, na definição de Walfrido Warde Júnior.²¹ (Ou que se escorava.)

Ou seja, iniciou-se um vigoroso processo de responsabilização das empresas envolvidas, sem que o sistema jurídico contemplasse uma válvula de escape que pudesse, ao mesmo tempo, de um lado, assegurar o ressarcimento de danos causados a estatais e ao erário e a adequada punição dos agentes, e, de outro, impedir a deterioração completa das empresas e, com elas, a perda de milhares de empregos e do valor de toda uma cadeia produtiva. Ao

²¹WARDE JÚNIOR, Walfrido_Jorge; BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Um plano de ação para o salvamento do projeto nacional de infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 12.

passar a enquadrar como corrupção práticas que sempre ocorreram no Brasil no setor de infraestrutura, por questões históricas e estruturais que também retrataremos adiante, a Lava a Jato teve o efeito não de processar um ou dois delinquentes, mas de colocar sob investigação todo um setor. Todas as grandes empresas brasileiras do setor de construção pesada, muitas delas com atuação em outros segmentos da infraestrutura, foram envolvidas na operação. Como será demonstrado, sistemas legais que contam com mecanismos de justiça negociada e com isso conseguem investigar empresas e indivíduos massivamente têm nos acordos de leniência e instrumentos assemelhados uma válvula de escape que permite preservar as empresas que desejem cessar as práticas delitivas, além de contribuir com as investigações. No Brasil, as Leis nºs 12.850/2013 e 12.846/2013 tiveram o efeito de importar os mecanismos de justiça negociada, mas esta foi uma última camada geológica que se adicionou ao arcabouço jurídico de combate à malversação dos recursos públicos, sem a devida integração dos mecanismos de controle já existentes, como a ação civil pública intentada para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa e os instrumentos de punição atribuídos aos Tribunais de Contas.

Para tornar a questão ainda mais complicada, instalou-se uma imensa disputa institucional entre os órgãos de controle pela competência para assinatura e negociação dos acordos de leniência, tornando impossível às empresas firmar acordos com todos os órgãos envolvidos e “quitar” definitivamente suas dívidas com o Poder Público. Isso tem deteriorado sensivelmente a situação das empresas envolvidas na operação, inclusive daquelas que já implementaram programas de *compliance*, já assinaram acordos com alguns órgãos e já pagaram vultosas somas a título de ressarcimento e cumprimento de sanção. Essa situação levou à perda de milhares de empregos, à paralisação de obras importantes, a quedas acentuadas nos investimentos. A persecução dos ilícitos tornou-se como que uma doença autoimune do sistema jurídico, expondo um déficit de governança de uma outra esfera: a da governança pública.

Diante deste cenário, creio que o Direito Econômico tem a dizer sobre tais as questões. O Direito Econômico pode trazer parâmetros para enfrentar crises como as deflagradas pela Lava a Jato, calibrando as ações de combate à corrupção a imperativos como a manutenção das empresas investigadas no mercado, impedindo a deterioração do capital nelas acumulado e os empregos que geram, sem, contudo, incorrer no risco moral de deixar de responsabilizar estes agentes e difundir a percepção de que grandes corporações empresariais não são punidas porque é inconveniente fazê-lo. Em outras palavras, em nosso

contexto, o Direito Econômico pode ser o ramo do direito capaz buscar uma solução jurídica de equilíbrio capaz de conter o avanço de uma crise sistêmica e, ao mesmo tempo, evitar o chamado *moral hazard*.

Assim, pretendo aqui discutir até que ponto seria legítimo utilizar a leniência não apenas como instrumento de investigação, mas também para promover a reabilitação das empresas, permitindo que elas voltem a contratar com a Administração Pública e a receber financiamentos estatais, desde que cumpridas determinadas condições, como o afastamento de diretores envolvidos nos incidentes, a adoção de programas efetivos de integridade corporativa e a reparação do dano causado.

O que se investigará são os parâmetros de legitimidade para que as ações punitivas instauradas no âmbito da operação ou de ações futuras sejam calibradas de modo a permitir a sobrevivência das empresas investigadas, sobretudo aquelas que tenham feito seus acordos de leniência, mediante a dosimetria das penas pecuniárias aplicadas pelos Tribunais de Contas, pelo CADE, pela Controladoria Geral da União (CGU) e pelo Judiciário. Há na literatura jurídica a defesa de uma abordagem de “responsabilização proporcional”, em oposição à de “tolerância zero” no combate à corrupção. Não se trata da defesa da complacência, mas de uma investigação sobre um caminho potencialmente mais efetivo para as ações anticorrupção, compatível com Constituição Econômica brasileira.²²

Ademais, ao enxergar os achados da Lava a Jato não apenas como atos de corrupção decorrentes de falhas morais, mas como um déficit de governança originado por uma série de fatores, abre-se a possibilidade de se fazer um diagnóstico das condicionantes jurídicas que levam a eventos de corrupção e formas de captura dentro da esfera de atuação do Estado no domínio econômico e, assim, evitá-los ou corrigir seus desvios. Esta é uma alternativa que nos parece mais palatável que recorrer unicamente ao sistema criminal, e à volta do pêndulo que ora recomenda a maior inserção do Estado na economia, ora a sua abstenção para tratar da corrupção.

Os achados da operação Lava a Jato reafirmam que, se considerarmos as contratações públicas e outras formas de fomento estatal como produtos disponíveis neste mercado,

²²Vital Moreira define Constituição Econômica como “[o] conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta”. V. MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1979.

restarão evidentes a alta concentração e as fortes barreiras à entrada deste mercado, algumas delas decorrentes dos próprios custos de transação envolvidos em contratar com o Estado brasileiro.

Estes custos advêm de imposições da própria Administração Pública, travestidos de prestígio à supremacia do interesse público. Nesse sentido, cristalizou-se na prática jurídica brasileira a noção de que os contratos administrativos pressupõem, necessariamente, uma relação de superioridade da Administração contratante em relação ao administrado.

A Administração tem prerrogativas para modificar e descumprir contratos e impor sanções unilateralmente, a seu alvedrio.²³ Esta prerrogativa contém em si o potencial de ser empregada com abuso e autoritarismo, sendo, igualmente, uma fonte de corrupção. Já no primeiro dos diversos depoimentos oficiais prestados por Paulo Roberto da Costa em sede de colaboração premiada, o ex-dirigente da Petrobras informa que as empresas pagavam propinas a políticos e seus partidos, porque, caso não o fizessem, seriam “punidas” com a criação de óbices à execução dos contratos firmados, inclusive para realização de aditivos contratuais necessários à recomposição do equilíbrio econômico de financeiro de contratos firmados em condições econômicas não realistas, já se contando com a possibilidade de futuro aditivo.

A multiplicidade e incapacidade de coordenação de instâncias de controle da Administração Pública – que parece ser encontrado seu exemplo mais trágico nos episódios relativos a impossibilidade de realização de acordos de leniência definitivos no âmbito da Operação Lava a Jato e o exacerbamento dos controles formais (isto é, diversos órgãos praticando “o controle pelo controle”) impõem a quem contrata com a Administração pesados custos de transação e aumenta o risco de transacionar com o Estado, novamente criando barreiras à entrada no mercado de contratação pública, tornando-o um oligopólio e

²³O contrato administrativo surgiu em conjunto com o regime de exorbitância. Contudo, esse decorre originalmente do objeto de tais contratos, e não do sujeito Administração Pública. Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 350. Atualmente, os objetos contratados pela Administração Pública são muito mais amplos do que aqueles dos primórdios do contrato administrativo, no século XIX, tendo se expandido o conceito de serviços públicos. Ademais, o interesse público, antes circunscrito a interesses do Estado, passou a abarcar entes privados cujos direitos são garantidos constitucionalmente. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38. Essas questões, somadas aos incentivos perversos criados por tais instrumentos (tal como a barganha para corromper), evidenciam como a posição de supremacia da Administração Pública nos contratos administrativos está obsoleta e inadequada diante a ordem constitucional vigente.

aumentando, assim, o risco de colusão. Aliás, vale lembrar que estes mecanismos de controle vêm atuando há anos e não impediram que tantos mal feitos fossem praticados.

Na mesma linha, a prática comum na Administração Pública de simplesmente deixar de quitar suas obrigações contratuais junto a fornecedores também é um foco de corrupção gerado dentro da própria máquina pública. Veremos a seguir que algumas delações premiadas relatam a doação eleitoral como forma de se fazer um “seguro” contra futuro “calote” nos contratos.

Para além (ou, para aquém) da criminalização generalizada das relações promíscuas que brotam nas contratações entre Estado e agentes privados, não seria a hora de pensar em reformas que tornassem mais saudável e competitivo o mercado das contratações públicas e mais probas as relações entre cidadãos e agentes de Estado? O trabalho que ora se propõe a desenvolver, acreditando que a resposta seja positiva, pretende investigar o que se chama de corrupção na operação Lava a Jato, sobretudo com relação às práticas ligadas a alguma forma de incentivo Estatal no domínio econômico, para verificar algumas soluções possíveis para a problemática do déficit de governança que a Lava a Jato revela.

Em seguida, passo a analisar se a busca pela erradicação da corrupção é compatível com a ideia de que ainda há espaço para a atuação do Estado na economia, ou seja, se ainda há algum papel a ser desempenhado pelo Estado investidor. Neste trabalho, tomo por Estado investidor não apenas o Estado atuando como acionista majoritário ou minoritário de empresas, mas também quando desempenha as atividades de crédito (financiamento por instrumentos de dívida) e uso direcionado de seu poder de compra para fins de incentivo. Concluo que sim, mas não sem reconhecer que há enorme espaço para a racionalização do investimento estatal e das contratações públicas.

Para fazer as análises ora propostas esta tese é dividida da seguinte forma: o primeiro capítulo demonstra como se deu a consolidação de um mercado altamente concentrado no setor de infraestrutura brasileiro, sempre contando com central participação do Estado e, em paralelo, os caminhos da formação do atual aparato de controle da Administração Pública, com foco no combate à corrupção que, ao contrário do que se pensa, não é um projeto recente.

No segundo capítulo, analiso uma amostragem das práticas ilícitas descritas por alguns dos delatores, em contraste com o que algumas leis determinam como corrupção e com algumas considerações da literatura a respeito do tema, sobretudo relativas ao quanto o sentimento que o tema desperta influencia a aplicação destas leis. Concluo o capítulo

demonstrando como a perseguição da corrupção, ao alcançar um setor com raízes estruturais profundas e sob pouca coordenação, causou uma tempestade perfeita no setor.

No terceiro capítulo, procurar analisar se, à luz do Direito, é possível afirmar que proteger empresas – e, a partir delas, mercados e empregos – corresponde à uma forma de preservação do interesse público, sendo este interesse até mesmo superior buscar, de forma obstinada, a exata recomposição dos prejuízos ao erário público causados pelas práticas investigadas no âmbito da Operação Lava a Jato.

No quarto capítulo, reflito sobre a eventual existência de algum espaço para a atuação do Estado no domínio econômico. Faço-o como contraponto às diversas vozes que surgem a cada escândalo de corrupção que indicam as privatizações como a única, e instantânea solução para o problema. Findo este capítulo, apresento minha conclusão.

CAPÍTULO 1. À GUIA DE CONTEXTO

1.1. O (nem tão) novo ativismo estatal, a corrupção a ele associada e a formação de um oligopólio na construção pesada

Este capítulo pretende mapear qual era o quadro de intervenção do Estado na economia quando foi deflagrada a Operação Lava a Jato e, como se dava, em paralelo, a formação do arcabouço jurídico-institucional de combate à corrupção, construído nos mesmos anos.

As ações de intervenção do Estado na economia com viés desenvolvimentista implementadas nos anos dos Governos Lula e Dilma são identificadas como elementos de anos de um novo ativismo estatal.²⁴ Este novo ativismo surgiria como versão alternativa a dois modos de governar da história brasileira recente. O primeiro deles seria característico do desenvolvimentismo anterior à redemocratização, e o segundo se relacionaria ao neoliberalismo praticado na chamada “era FHC”, período inaugurado com o Plano Real e que se seguiu durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

O desenvolvimentismo anterior à redemocratização, compreendido entre as décadas de 30 a 70, em que países latino americanos experimentaram anos de crescimento econômico acelerado, trazia estratégias nacionais de desenvolvimento focadas em (i) industrialização por substituição de importações e proteção da indústria nacional nascente; (ii) indução de poupança forçada pelo Estado; e (iii) atuação direta do Estado na realização de investimentos em infraestrutura e produção de insumos básicos, em geral por meio da

²⁴Nesse sentido: COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito econômico e desenvolvimento democrático**: uma abordagem institucional. 2015. Tese (Concurso de Professor Titular) - Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. Toward a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. In: CISSÉ, Hassane; MULLER, Sam; THOMAS, Chantal; WANG, Chenguang (Eds.). **Legal innovation and empowerment for development**. Washington DC: The World Bank, 2013. p. 281-346. (The World Bank Legal Review; v. 4). Disponível em: http://law.wisc.edu/gls/documents/trubekupdates/final_trubek_coutinho_schapiro_3rdpass_1_.pdf. Acesso em mar. 2019; e SCHAPIRO, Mario G. **Novos parâmetros para intervenção do Estado na economia**: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

criação de empresas estatais (que, em dado momento, passaram a contratar obras junto a grandes construtoras, como se verá adiante).

Sucederam a este período os anos de preponderância ideológica do receituário baseado no que se denominou “Consenso de Washington”, em que vários países em desenvolvimento fizeram uma série de reformas destinadas a reduzir o papel do Estado na economia, atribuindo-lhe como papel central o de garantir o pleno funcionamento dos mercados.²⁵

Neste período, o Brasil também faz suas reformas de caráter liberal, focadas principalmente em ajuste fiscal e controle do gasto público, privatização de ativos estatais, concessão de serviços públicos à iniciativa privada, reformulação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e criação das agências reguladoras. Alguns elementos do nacional desenvolvimentismo, entretanto, foram preservados, como foi o caso da manutenção do BNDES, do Banco do Brasil, da Caixa Econômica Federal e da Petrobras e outras estatais sob controle do Poder Público.²⁶

A partir dos anos 2000, a literatura registra, no campo econômico e no campo do direito e desenvolvimento, a limitação das reformas neoliberais como vetores capazes de promover o desenvolvimento econômico apenas por si próprias, em contraste com o maior

²⁵Este esforço de reformas, inclusive com o apoio de órgãos como o Banco Mundial e forte interação com o ambiente acadêmico é qualificado como uma verdadeira empreitada do movimento “Direito e Desenvolvimento”, inclusive para se apontar, em alguma medida, seu fracasso, a partir da constatação de que as reformas não levaram os Estados que as implementarem a um estágio desejado de desenvolvimento econômico e social. Uma das causas desta falha seria o fato de serem propostas genéricas, incapazes de considerar as diversas particulares de cada país em desenvolvimento. Vide, nesse sentido, TRUBEK, David M. Law and development 50 years on. (October 15, 2012). International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences (Forthcoming); **University of Wisconsin Legal Studies Research Paper**, Madison, n. 1212. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2161899>>. Acesso em: mar. 2018; KENNEDY, David. The “Rule of Law”: political choices and development common sense. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). **The new law and economic development: a critical appraisal**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 95-173.

²⁶A compreensão da sucessão das fases do nacional desenvolvimentismo, das reformas liberais e do novo desenvolvimentismo não como períodos de adoção de modelos absolutos de organização social, mas como períodos de maior ou menor predominância de certos “consensos de economia política”, em que as medidas adotadas não chegaram a apagar totalmente as características de momentos anteriores – ou seja, a substituição parcial juntamente com a sedimentação de certos elementos institucionais é importante para a compreensão do contexto em que queremos situar a discussão aqui proposta. Assim, nos parece fundamental a figura proposta por Coutinho de “camadas geológicas” que vão constituindo o arcabouço jurídico institucional ao longo de períodos que se sucedem. COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito econômico e desenvolvimento democrático: uma abordagem institucional**, cit., p. 96-97.

sucesso dos países do Leste Asiático que, ao terem lançado mão de políticas estatais de intervenção na economia, apresentaram maior crescimento econômico.²⁷

Justamente neste período, a partir do primeiro mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, começam a ser retomadas no Brasil as políticas estatais de intervenção econômica, desta vez com maior ênfase nos instrumentos de coordenação e fomento que na participação direta. Começa-se então a falar em um novo ativismo estatal brasileiro, qualificado por Arbix e Martin como um “ativismo estatal inclusivo sem estatismo”.²⁸ O novo ativismo se fez sentir em diversos campos, desde o reforço de políticas de fomento à inovação, passando pela retomada de políticas industriais e chegando a políticas de inclusão social como o “Fome Zero” e o “Minha Casa Minha Vida”.

Entre estas ações, figurava um plano de pesados investimentos em infraestrutura, com priorização do uso de componentes de conteúdo local (muitos destes investimentos lançados como elementos dos chamados Planos de Aceleração do Crescimento (PACs)) e dentro de um plano de política industrial amplo, que pretendia cobrir diversos setores, o fomento a indústrias que já contassem com certa capacidade competitiva, de modo a torná-las aptas para competir internacionalmente (como foi o caso de grandes empresas do setor de proteína animal). Estas empresas seriam as campeãs nacionais. Ensaiou-se, ainda, um ambicioso plano de resgate da indústria naval brasileira, alavancado sobre o poder de compra da Petrobras, que faria encomendas de sondas de perfuração para a exploração da recém descoberta camada pré-sal aos então renascentes estaleiros brasileiros.

Todos estes projetos seriam de certa forma financiados pelo Estado, das mais diferentes maneiras. Uma delas seria a via dos subsídios tributários. Outra, a política de

²⁷CHANG, Ha-Joon. How to ‘do’ a developmental State: political, organisational, and human resource requirements for the developmental State. In: EDIGHEJI, O. (Ed.). **Constructing a Democratic development State in South Africa: potentials and challenges**. Cape Town: Human Science Research Council Press, 2010. Disponível em: <http://hajoonchang.net/?s=how+to+do+a+developmental+state>. Acesso em: jul. 2018; CHANG, Ha-Joon. **Bad samaritans: the myth of free trade and the secret history of capitalism**. New York: Bloomsbury Press, 2009. TAMANAHA, Brian Z. The primacy of society and the failures of law and development. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 44, n. 2, p. 209-247, 2011; DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. The relationship between law and development: optimists versus skeptics. **American Journal of Comparative Law**, v. 56, n. 4, p. 895-946, Oct. 2008; SABEL, Charles F. **Bootstrapping development: rethinking the role of public intervention in promoting growth**. Paper presented at the Protestant Ethic and Spirit of Capitalism Conference, Cornell University, Ithaca, New York October 8-10, 2004. This version, Nov. 14 2005. Ithaca. Disponível em: <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/bootstrapping%20deve%20send5.pdf>. Acesso em: ago. 2018.

²⁸ARBIX, Glauco; MARTIN, Scott B. Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil: inclusionary State activism without statism. In: WORKSHOP ON STATES, DEVELOPMENT, AND GLOBAL GOVERNANCE, University of Wisconsin-Madison, Mar. 12-13, 2010. Madison. Disponível em: https://media.law.wisc.edu/s/c_360/mq4fw/paper_arbix.pdf. Acesso em: mar. 2018.

crédito ou investimento de instituições de fomento (BNDES, BNB, Caixa Econômica Federal, Finep e Banco do Brasil). Outra, as parcerias societárias com empresas estatais, que subsidiariam concessões a partir da subscrição de participação acionária no capital de futuras concessionárias, como fizeram empresas do grupo Eletrobrás e a Infraero. Por fim, uma outra fonte de incentivo direcionado à atuação privada seria o poder de compra das estatais, destacando-se aí o da Petrobras. Nesta vertente, ocupariam papel central as políticas de conteúdo local.

O anúncio destes investimentos foi extremamente bem recebido pela sociedade em geral, principalmente a partir de 2008 quando, deflagrada a crise do *subprime*, era importante contar com investimento público para manter a economia aquecida. Luiz Carlos Mendonça de Barros, um economista tido como de viés liberal, surpreendeu ao propor, em artigo para o Jornal Valor Econômico intitulado “2009: lições e cicatrizes”²⁹, o resgate da presença do Estado na economia, em parceria com o setor privado, como receita para a retomada do crescimento econômico.³⁰

Ao final de 2012, começam a surgir críticas ao que seria um gasto estatal desproporcional, ineficiente e imprudente. Tais críticas se intensificaram nos anos seguintes, alimentadas com a piora das condições econômicas objetivas (baixo crescimento do PIB e aumento da inflação) até se materializarem numa desconfiança quase que generalizada com relação aos rumos que a economia brasileira estaria tomando.³¹ Emergia, então, no debate público, ainda que de modo difuso, um sentimento de desconfiança quanto às políticas de atuação do Estado na economia³², e é neste contexto já de suspeição que são deflagrados os primeiros escândalos de corrupção envolvendo a Petrobras.

Mas, seriam os escândalos de corrupção revelados nas primeiras fases da Operação Lava a Jato produto de um capitalismo de Estado exclusivo dos Governos Lula e Dilma? A resposta é certamente negativa.

²⁹BARROS, Luiz Carlos Mendonça de. 2009: lições e cicatrizes. **Valor Econômico**, São Paulo, 21 dez. 2009. Disponível em: <https://www.valor.com.br/arquivo/800555/2009-licoes-e-cicatrizes>. Acesso em: mar. 2019.

³⁰LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões, cit.

³¹SINGER, André. Cutucando onças com varas curtas: o ensaio desenvolvimentista no Primeiro Mandato de Dilma Rousseff (2011-2014). **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 43-71, jul. 2015. Para uma visão mais ampla sobre os fatores que levaram à frustração social que se formou a partir de então, entre eles a percepção de perda de direitos pela classe popular, v. VIEIRA, Oscar V. **A batalha entre os Poderes**. São Paulo: Cia das Letras, 2019. p. 19 e ss.

³²SINGER, André. op. cit., p. 50.

Há registros de que a bandeira da luta contra a corrupção vem sendo levantada, inclusive como forma de radicalização política, desde outras épocas. Faoro resgata no Brasil colônia o que seria uma forma patrimonialista de organização do Estado brasileiro, em que o “estamento burocrático”, faz confundir os limites do público e do privado na dinâmica da atuação estatal no país.³³ As teses de Faoro sobre a herança patrimonialista que domina a sociedade brasileira por meio dos anos é recorrente nos mais diversos discursos.³⁴ O combate à corrupção também foi plataforma política da oposição de Carlos Lacerda ao Governo Vargas, nos anos 50.³⁵ Na campanha presidencial em 1960, por sua vez, “varrer a corrupção” era um dos lemas do candidato Jânio Quadros.

De forma mais precisa, tomando a definição de Rodriguez, para quem a Lava a Jato não revela apenas episódios de corrupção de funcionários públicos, mas esquemas de dominação social fundados na “aliança entre grupos políticos, empresariais e burocráticos que se valem de canais institucionais e vastos recursos públicos e quase públicos (...) com a finalidade de perpetuar ou expandir o seu poder político, econômico e social”,³⁶ pode-se dizer que esta aliança não é nova e as condições estruturais que favoreceram este quadro começaram a ser semeadas décadas atrás.

Segundo Campos,³⁷ a formação de uma indústria nacional da construção pesada tem início nos anos 30, com o processo de industrialização da economia brasileira e a intensificação do processo de urbanização das grandes cidades. Até o fim dos anos 20, é sabido que havia forte presença de empresas estrangeiras não apenas na prestação dos serviços públicos (como é o caso emblemático e precursor do grupo Light, que, de origem canadense, operava concessões de energia elétrica e bondes em São Paulo e Rio de Janeiro) e na realização das grandes obras de engenharia. Após 1929, com a crise do sistema agroexportador cafeeiro, a retomada econômica ocorre via mercado interno, alavancado justamente pelas dificuldades de importação e por políticas públicas favoráveis, entre elas a

³³FAORO, Raymundo. op. cit.

³⁴Jessé de Souza traz uma análise de como o patrimonialismo perpassa as falas de diferentes atores de exposição pública contemporâneos em SOUZA, Jessé de. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 184-189.

³⁵FERES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. op. cit., p. 208.

³⁶RODRIGUEZ, Caio Farah. Além de enfrentar a corrupção, lava jato impõe capitalismo aos empresários. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 02 jul. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/07/1897570-choque-de-legalidade-e-adequacao-do-capitalismo-sao-herancas-da-lava-jato.shtml>. Acesso em: mar. 2019.

³⁷CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988**. Rio de Janeiro: EDUFF, 2015. p. 50 et seq.

criação de estruturas que permitiram canalizar recursos do fundo público para políticas direcionadas ao setor de infraestrutura, uma característica essencial para a arrancada da indústria da construção pesada em setores como habitação, energia e transporte rodoviário.

Na década de 40, ainda segundo Campos, criam-se as primeiras estruturas de financiamento misto (público e privado) à habitação, da qual participavam empresas, empregados e Estado, este responsável pela arrecadação dos fundos. Essa estrutura permite financiar a demanda por habitações populares, criando um nicho de atuação das empresas de construção.³⁸ Ainda na esteira do aumento da população urbana, surge a demanda pelos serviços de infraestrutura, como o Plano de Avenidas, em São Paulo, o Plano Agache, em Brasília, os aeroportos Santos Dumont e Congonhas e equipamentos como os estádios do Pacaembu e do Maracanã. Surge também a demanda pelas obras de saneamento.

No setor elétrico, inicia-se entre as décadas de 30 e 40 o processo de centralização, pela União Federal, das competências relacionadas ao ordenamento do setor elétrico, antes exercidas por Estados e Municípios. São marcos importantes deste movimento a promulgação do Código de Águas, em 1934 e a criação de duas agências estatais, o Conselho Federal de Forças Hidráulicas e Energia Elétrica (CFFHEE) e o Conselho Nacional de Águas e Energia (CNAEE), este incorporado em 1960 pelo Ministério de Minas e Energia. A Lei nº 2.308, de 31 de agosto de 1954, cria o Fundo Federal de Eletrificação, composto pela parcela da União no Imposto Único de Energia Elétrica e outras dotações, permitindo a reserva de fundo público que financiaria vários projetos do setor. Em 1961, foi criada a Eletrobrás (Lei nº 3.890/1961), *holding* que incorporou as subsidiárias Centrais Hidrelétricas do São Francisco, Furnas, Companhia Hidrelétrica do Vale do Paraíba e Termelétricas de Charqueadas S.A., formando um grupo de estatais que viria a demandar significativas obras de um grupo seletivo de construtoras – as chamadas barrageiras.

No setor rodoviário, tem início nos anos 40 uma política de maciços investimentos na construção de estradas inspirada na experiência de Estados mais ricos da federação, como São Paulo. Antes de assumir a Presidência da República e levar à esfera federal sua política de construção de rodovias, Washington Luís já havia se consagrado como “o Governador estradeiro” no comando do Estado de São Paulo, entre 1920 e 1924.³⁹ Para a implementação do

³⁸Estima-se que os fundos e caixas de aposentadorias e pensões, a Caixa Econômica Federal e a Fundação Casa Popular tenham financiado 115 mil unidades habitacionais entre 1932 e 1960. CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988, cit., p. 49.

³⁹Id. *Ibid.*, p. 55.

programa federal de rodovias, novamente foi importante contar com uma estrutura de mobilização do fundo público. Em 1945, o Decreto-Lei nº 8.463, lançando as bases de uma política rodoviária prioritária, cria o Fundo Rodoviário Nacional, a ser formado com os recursos do Imposto Único sobre Combustíveis Líquidos e Lubrificantes Minerais, criado em 1940.⁴⁰

Estados prósperos do país, como Minas Gerais e São Paulo, também desenvolveram suas políticas estaduais de investimentos em hidrelétricas e rodovias, ajudando as construtoras destes Estados a se consolidarem nestes setores críticos para a construção pesada.

Por fim, um outro reduto regional de consolidação das empreiteiras foi o Nordeste. No setor petrolífero, a criação da Petrobras, também na Era Vargas, desloca a demanda da construção pesada daquele segmento, antes atendida por empresas estrangeiras, para empresas nacionais. Os primeiros projetos na área foram explorados por refinarias privadas, que contratavam grandes obras junto a fornecedoras estrangeiras.⁴¹ Com a criação da

⁴⁰O preâmbulo do Decreto não poderia ser mais incisivo ao proclamar o irrestrito apoio do Governo Federal às rodovias como política prioritária nacional, ao enunciar: “Considerando que a estrada de rodagem, graças ao grau de perfeição já atingido pelo automóvel, representa hoje elemento de fundamental importância no sistema de viação interna de qualquer país; Considerando que à União compete prover ao estabelecimento, conservação e melhoramento progressivo das estradas de rodagem de interesse geral, o que, se em muitos casos poderá resultar da coordenação racional da ação dos Estados, em muitos outros exigirá a ação direta do Poder Central; Considerando que à União interessa estimular a obra rodoviária dos Estados e, por meio destes, a dos Municípios; Considerando que os Congressos Nacionais de Estradas de Rodagem e o 1º Congresso Geral de Transportes recomendaram ao Govêrno que se conferisse autonomia financeira e administrativa ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem; Considerando que a autonomia financeira é condição indispensável da autonomia administrativa, e consiste essencialmente em destinar determinadas rendas ou cotas de rendas à aplicação exclusiva a determinado serviço; Considerando que o desenvolvimento rodoviário do Brasil, é, graças à imensidade do território pátrio, um trabalho gigantesco a desafiar a energia realizadora de muitas gerações; Considerando que o regime de autonomia deve ter como corolário o da efetiva responsabilidade do pessoal encarregado da execução do serviço; Considerando que a autonomia administrativa do Departamento não pode ser absoluta, mas deve enquadrar-se dentro de normas gerais previamente traçadas para as suas diversas atividades; Considerando as atinências do problema rodoviário com os interesses da defesa nacional, e Considerando tudo o mais que lhe representou o Ministro de Estado dos Negócios da Viação e Obras Públicas(...)”. Pode-se enxergar aí o germe de um dos fatores que contribuiu para a greve dos caminhoneiros ocorrida em 2018.

⁴¹Segundo Campos: “Antes da sua formação [da Petrobrás], o setor de petróleo já movimentava o setor da construção, porém com o predomínio de empresas estrangeiras. Obras anteriores à criação da BR foram as refinarias gaúchas Riograndenses e Ipiranga e a Paulista Matarazzo, nos anos 30. O primeiro campo de exploração comercial de petróleo no país foi aberto em 1928, na Bahia, onde foi construída a refinaria de Mataripe, em 1946. Já a primeira planta petroquímica no país é de 1946, no Paraná, feita por empresa norte-americana. Da segunda metade dos anos 40 data também o primeiro oleoduto nacional, entre Santos e São Paulo, e, em 1950, o Conselho Nacional do Petróleo (CNP) começou a construir a refinaria Presidente Bernardes, em Cubatão, sendo que em 1954 entrava em operação a maior refinaria do país, Capuava. A abertura e operação dos poços de petróleo e a construção de refinarias, polos petroquímicos e dutos de gás e petróleo eram atividades exercidas desde os anos 30 e que envolveram posteriormente a atuação das empresas de engenharia nacionais, com o marco decisivo da criação da estatal brasileira de petróleo, em 1953. Após o envio do projeto de criação da estatal para o Congresso, foi aprovada lei de corte mais nacionalista e estatista que a original, criando uma empresa totalmente estatal que executaria o monopólio da pesquisa, lavra, refino, transporte marítimo e por dutos, administrada pelo CNP”. CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catédrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988, cit., p. 53.

Petrobras, passa-se a privilegiar a contratação de grandes construtoras nacionais, por vezes associadas às empresas estrangeiras para absorver a técnica detida por estas empresas. Campos argumenta ainda⁴² que a Petrobras, para além de uma política de proteção à empresa nacional, representou uma política regionalista, vez que predominavam em seus quadros especialistas vindos do Nordeste, onde também se concentravam os projetos da empresa.

Ainda na região, surgem as iniciativas, no Governo JK, de fomentar o desenvolvimento do Nordeste. São criados o Banco do Nordeste Brasileiro (BNB) e a Superintendência para o Desenvolvimento do Nordeste (Sudene). Segundo Campos, Sudene e BNB completavam o grupo dos “padrinhos” das empreiteiras da região nordeste, ao lado de Petrobras e dos mais antigos Dnocs e Chesf.⁴³

Se nos anos JK é aperfeiçoado o modelo de substituição das obras feitas diretamente pelo Poder Público e por empresas estrangeiras pelo modelo de contratação de grandes obras junto a empresas nacionais privadas, os anos da ditadura serão os da consolidação de um oligopólio das grandes obras em mãos de um seletivo grupo.

Como se verá, as mesmas empresas que se beneficiaram das políticas públicas voltadas para o setor de infraestrutura na ditadura são as primeiras a aparecerem como réus nas ações e inquéritos penais inicialmente deflagrados quando iniciada a operação Lava a Jato, sendo estas empresas continuamente citadas nas delações.

As empresas de construção pesada parecem ter, durante a ditadura, conseguido liderar, dentro do governo, robustas políticas públicas de investimento em infraestrutura, a partir de investimentos públicos. Nesse processo, consolidou-se um oligopólio dessas empresas, mais tarde reforçado por barreiras institucionais à entrada criadas para este mercado.⁴⁴

Para entender como as políticas públicas do período autoritário se traduziram especialmente em investimentos em infraestrutura de grande porte, é importante lembrar que o período autoritário não foi apenas militar – foi civil-militar. Assim, os quadros do governo não preenchidos por militares eram preenchidos por membros da sociedade empresarial, ao passo que as próprias empresas contavam com militares por vezes até mesmo em seus cargos

⁴²CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988, cit., p. 54.

⁴³Id. Ibid., p. 64.

⁴⁴Como os futuros regramentos de licitações, que puderam ser utilizados para barrar novos concorrentes, como se verá adiante.

de alta administração.⁴⁵ ⁴⁶ O alinhamento entre os governantes e o empresariado também se dava por vias não formais. A aliança empresários-militares formada na ditadura não contemplava, do lado da indústria, apenas a indústria da construção pesada, mas toda a burguesia industrial. Havia um espectro maior de empresas, que ia além das grandes construtoras, interessado nas obras de infraestrutura, o que é compreensível, tendo em vista a crítica importância do setor para tornar, antes mesmo de competitiva, simplesmente viável a indústria nacional. Desta forma, as explicações de porque a construção de Itaipu não contentava a apenas alguns militares e às construtoras responsáveis pela obra pode ser extrapolada a tantos outros projetos no setor de energia:

A ditadura reforçou o modelo do período JK de construção de grandes usinas nos rios, dando novo volume e patamar a essas obras, que atendiam a uma gama de interesses: os consumidores eletrointensivos, dado que elas representavam custo menor por quilowatt instalado, possibilitando menores custos para as fábricas de aço, alumínio, papel e outros; as produtoras de equipamentos elétricos, como turbinas e geradores, que lucravam com a produção dos mesmos, em ramo dominado por firmas estrangeiras, como Voith, Alstom, GE e outras; e as construtoras, que ficavam responsáveis pela maior parte dos gastos da obra.⁴⁷

O período autoritário, embora tenha uma conformação geral de políticas públicas voltadas para maciços investimentos no setor de infraestrutura, privilegiando as construtoras, apresenta nuances, algumas determinadas por condições econômicas externas, inclusive, que levaram Campos a dividi-lo em quatro fases. Abaixo resumimos os principais elementos de cada período, na visão do autor.

⁴⁵O General Artur Moura trabalhou na Mendes Júnior S.A.; o General Ernesto Geisel presidiu o Conselho de Administração da Norquisa S.A., o Almirante Fernando Carlos de Mattos foi vice-presidente da Setal Engenharia, o General Golbery do Couto e Silva presidiu a Dow Chemical e integrou a direção do Banco Cidade e o General Luiz Faro foi diretor do Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo. Há outros exemplos em CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988, cit., p. 284.

⁴⁶Outro triste exemplo da aliança entre militares e empresários se deu no campo das ações de repressão, a exemplo da Operação Bandeirante. Id. Ibid., p. 285-286.

⁴⁷Id. Ibid., p. 388.

Tabela 1 – Fases do período autoritário no Brasil (1964-1988)

Fase	Características
1964-1967/1968: período de implantação do regime – predomínio do capital estrangeiro associado a políticas monetaristas	Políticas favoráveis ao capital internacional privado e seus associados. O Plano de Ação Estratégica (“Paeg”) previa reformulações institucionais e políticas restritivas – contenção de gastos governamentais, salários e crédito. Nesse contexto, prevaleceram as multinacionais, que não dependiam do crédito interno. Algumas mudanças institucionais desta fase permitiram a política expansionista da fase seguinte. Uma delas foi a criação do Imposto sobre Serviços de Transporte Rodoviário Interestadual e Intermunicipal de Passageiros e Cargas (“ISTR”) e outra foi a promulgação de nova constituição, em que a União foi desobrigada a realizar investimentos mínimos em educação e saúde, permitindo que recursos drenados destas áreas fossem investidos em infraestrutura nos anos seguintes.
1967/1968-1974: período de liderança do capital industrial, sobretudo paulista, e orientação expansionista na política econômica	Liberação do crédito e das verbas para investimentos em obras, lançamento do Plano Nacional de Desenvolvimento (“PND”) I. Retoma-se, com lastro na liquidez internacional, que provia crédito externo a juros módicos, a continuidade do período de expansão produtiva implementado em 1955, sob liderança do setor de bens de consumo duráveis, controlado pelo capital internacional. A produção atinge níveis elevados, embora com aumento da desigualdade e da dependência tecnológica. Neste período, as construtoras receberam subsídios fiscais e uma significativa reserva de mercado: o Decreto nº 64.345, promulgado em 10 de abril de 1969, previa, em seu artigo 1º, que os órgãos da Administração Federal somente poderiam contratar serviços de consultoria técnica e de engenharia junto a empresas estrangeiras nos casos em que não houvesse empresa nacional qualificada para prestar tais serviços. O parágrafo único deixava claro que eram consideradas empresas nacionais, para fins do decreto, pessoas constituídas, com sede e foro no Brasil, que estivessem sob o controle de brasileiros natos ou naturalizados e que tivessem mais da metade de seu corpo técnico composto por brasileiros natos ou naturalizados. Em 1973, o novo Código de Licitações permite a subempreitada, ao mesmo tempo em que prevê as exigências de capital mínimo das licitações, pavimentando o caminho para que grandes empreiteiras ganhassem as concorrências e depois distribuíssem os trabalhos entre construtoras menores. O setor de transportes recebeu investimentos inéditos, complementados a partir da Taxa Rodoviária Única. O número de estradas pavimentadas praticamente dobra, de 12.157km, em 1964 para 23.551km, em 1971. No setor de energia, são retomados os investimentos, com aplicação de recursos do Fundo Federal de Eletrificação na construção de grandes usinas como Furnas, Chesf, Cemig, Cesp e outras. Estes investimentos beneficiavam não apenas o setor de construção pesada, como também os fornecedores estrangeiros como Voith, Alstom, General Electric, Brown Boveri e consumidores industriais eletrointensivos, tais como as indústrias de ferro, aço, celulose e alumínio.

<p>1974/1977-79: período de nova recomposição de forças, com relativo alijamento do capital paulista, manutenção da política expansionista, mas em novas bases</p>	<p>O preço do petróleo sofre dois choques de alta, em 1973 e 1979. O segundo choque coincide com a alta das taxas de juros americanas, levando à contração do crédito internacional. Agrava-se o déficit da balança comercial, o que leva o governo a reorientar a política de desenvolvimento ao lançar o II Plano Nacional de Desenvolvimento, agora privilegiando a indústria doméstica de bens até então importados como produtos siderúrgicos, metais não ferrosos, papel e celulose, químicos, petroquímicos e fertilizantes e buscando alcançar alguma segurança energética, substituindo combustíveis fósseis por novas fontes de energia, como álcool e energia hidrelétrica e buscando exploração de petróleo em alto-mar. A burguesia industrial “não paulista” ocupa espaço, o que ocorre também no mercado de obras públicas, com Odebrecht, Camargo Correa e Mendes Junior assumindo posições de liderança. Ao prever investimentos estatais na indústria de bens de capital, o II PND criava espaço para obras como plantas siderúrgicas, plataformas de petróleo, polos petroquímicos, obras de telecomunicação, mais hidrelétricas e térmicas e projetos de mineração. As empreiteiras de grande porte eram privilegiadas para a realização destas obras. São feitos maciços investimentos em hidrelétricas (Itaipu e usinas do Acordo Brasil Alemanha, estas favorecendo a Odebrecht) e a Petrobras intensifica sua atividade após a descoberta das jazidas da bacia de Campos, sendo elevada à condição de prioridade intocável nos cortes orçamentários. Ficaram fortalecidas, neste processo, “<i>as poucas construtoras que se gabaritam a realizar plataformas de petróleo, oleodutos, refinarias e polos petroquímicos</i>”.⁴⁸ Também representaram importante demanda para as grandes construtoras os projetos de mineração e alumínio da Companhia Vale do Rio Doce, os projetos siderúrgicos, o lançamento do Plano Nacional de Abastecimento II e os projetos de transporte público de massa. Os principais projetos eram sistematicamente concentrados em mãos de uma classe restrita de empreiteiros.</p>
<p>1977/1979-1985/1988: período desarticulação do pacto político do regime autoritário, diretrizes governamentais instáveis</p>	<p>Esgotamento do modelo de desenvolvimento do regime autoritário a partir da grave deterioração das contas públicas (com nova alta nos preços do petróleo e aumento dos juros americanos) e pressão internacional pela aplicação de políticas recessivas. Período de instabilidade, com sucessão de planos econômicos. Obviamente, reduz-se o orçamento de investimentos tanto na administração direta quanto nas estatais. Mesmo com a drástica redução dos investimentos em infraestrutura, são mantidos intocados os orçamentos de obras tocadas por grandes empreiteiras, como as usinas de Itaipu, Tucuruí e Angra⁴⁹ e obras da Petrobras, que tinha um regime diferenciado dentro da Secretaria de Controle Especial das Estatais.</p>

Fonte: Elaboração própria, a partir de CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988, cit., p. 332 et seq.

⁴⁸CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988, cit., p. 348.

⁴⁹A prioridade dada às unidades de geração de energia elétrica (construção de barragens), fez com que houvesse alguns apagões no Governo Sarney, tendo em vista que os investimentos feitos em geração não acompanharam aqueles feitos em transmissão e distribuição. É mais uma evidência de como as grandes construtoras conseguiram “pautar” a política de investimentos em infraestrutura. Id. Ibid., p. 354.

Assim, embora se verifiquem nuances em cada etapa do período autoritário, pode-se dizer, de modo geral, que, durante aqueles anos, as grandes construtoras consolidaram o poder que vinham ganhando desde a era JK, além de formarem um oligopólio de grandes agentes. Nota-se, ainda, que as construtoras conseguiram direcionar políticas públicas a seu favor, aliando-se à classe política e sorvendo os recursos a elas destinados.

A sobrevivência e o fortalecimento das grandes construtoras estiveram sempre ligados à capacidade dessas empresas de assegurar opções do Estado por destinar parte do fundo público às obras de infraestrutura. O período final da ditadura, em que ocorre o esgarçamento do modelo de desenvolvimento focado em obras de infraestrutura é evidência disto. Enquanto escasseavam os investimentos em estradas e hidrelétricas, foi mantida a continuidade de grandes obras, reforçando o oligopólio das construtoras de maior porte. Segundo Campos, a concentração do faturamento do setor da construção civil em algumas grandes empresas ao final da ditadura:

Se explica pelo fato de que na tomada de decisões acerca do contingenciamento de verbas, as prioridades tomadas na efetivação do orçamento se deram em torno das grandes obras da ditadura, como Itaipu, as usinas de Angra, Tucuruí, Carajás, dentre outras, projetos que contavam com a participação das grandes empresas apenas.⁵⁰

Este processo permitiu a acumulação de capital das grandes construtoras oligopolizadas e faz com que, em momento seguinte, quando se inicia um período de maior privatização, as construtoras sejam candidatas naturais a adquirir certos ativos privatizados, juntamente com conglomerados financeiros e fundos de pensão.

Esgotado o desenvolvimentismo do período autoritário em todas as suas variações, os oligopólios então criados (é sabido que o período autoritário consolidou não apenas um oligopólio de grandes construtoras, mas também de bancos e grandes corporações da indústria de base)⁵¹ formarão os grandes grupos das privatizações. Estes grupos – não obstante o processo de privatização contivesse um apregoado cunho neoliberal e fosse, em tese, voltado ao mercado – muniram-se de capital público para disputar os ativos que seriam privatizados, apenas reforçando o tripé de industrialização baseado em capital público

⁵⁰CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. Semeando gigantes: centralização de capitais e diversificação das atividades das empreiteiras brasileiras no final da ditadura civil-militar. *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 25/26, p. 74, 2. sem. 2010 / 1. sem. 2011.

⁵¹MANTEGA, Guido; MORAES, Maria. *Acumulação monopolista e crises no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980. p. 56 et seq.

nacional, empresariado nacional e empresas transnacionais, reforçando o que Lazzarini chama de “capitalismo de laços”.⁵²

Segundo este economista, tanto após as privatizações ocorridas entre 1990 e 2002, quanto posteriormente ao período de abertura de capital de diversas empresas na bolsa, entre 2004 e 2009, “o capitalismo de laços tornou-se, surpreendentemente, ainda mais forte.”⁵³ As razões para tanto seriam duas. Uma delas é a intensificação das aglomerações corporativas, a partir do movimento de junção de empresas para disputar, em consórcio, alguns ativos privatizados. Os consórcios se entrelaçavam por meio da participação de uma mesma empresa em mais de um deles. A outra seria a intensificação das conexões entre empresas por meio de “atores de ligação” dos conglomerados. Segundo Lazzarini, os atores que mais exerceram este papel de ligação foram justamente o BNDES e os fundos de pensão. O próprio ex-presidente Fernando Henrique, em seus Diários da Presidência,⁵⁴ faz registro da intervenção direta do BNDES na montagem dos consórcios que disputaram algumas das empresas privatizadas, fornecendo inclusive financiamento para a aquisição dos ativos transferidos a empresas privadas.

Em processos de desestatização ocorridos em países como a Inglaterra e o Leste Europeu, o motivo principal da privatização era a crença de que a transferência das estatais para a iniciativa privada permitiria uma prestação mais eficiente dos serviços desenvolvidos por aquelas empresas e maximização da exploração econômica daqueles ativos, que passariam a ser melhor administrados, gerando pagamento de impostos e desonerando recursos públicos. Obviamente, havia uma questão relacionada a eficiência fiscal nas privatizações, mas “fazer caixa”, isto é, maximizar o preço de venda dos ativos privatizados, não era a prioridade do governo. Assim, os processos de privatização se deram via abertura de capital das empresas privatizadas, levando a uma pulverização da propriedade acionária das empresas.

⁵²O autor define capitalismo de laços como o “emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos (...) Trata-se de um modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse”. LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões, cit., p. 3-4.

⁵³Id. Ibid., p.10 et seq.

⁵⁴CARDOSO, Fernando Henrique. **Diários da Presidência**: 1997-1998. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. v. 2.

No Brasil, ao contrário, era fundamental obter receitas que permitissem melhorar (ao menos no curto prazo) as contas públicas e maximizar o valor de venda das ações das empresas privatizadas para justificar as operações perante a opinião pública. Por isso, ao invés da desestatização via abertura de capital, ou outro processo que levasse a uma pulverização da propriedade acionária das empresas, optou-se por permitir e até mesmo financiar a formação consórcios privados que tivessem alto poder de compra nas disputas pelas estatais.^{55 56} O resultado foi a concentração das empresas privatizadas em mãos de alguns poucos grupos, que passaram, ainda, a estar inter-relacionados por meio da participação de uma mesma empresa em mais de um consórcio, dando origem à situação em que uma mesma empresa teria assento no conselho de administração de algumas outras, tornando-as interconectadas (os *interlocking boards*). Bancos estatais e fundos de pensão foram justamente os atores com mais interconexões dentro destas cadeias societárias. Ou seja, as empresas próximas ao Estado tornaram-se ainda mais próximas dele. A era de privatizações não desfez o capitalismo de Estado brasileiro.⁵⁷

E onde estariam as grandes construtoras brasileiras neste processo? Ocupando, junto com outros gigantes do setor financeiro e da indústria de base, posições de destaque nas operações de desestatização do período. A Camargo Correa foi uma das empresas que exibiu maiores ganhos de centralidade entre 1996 e 2009.⁵⁸ Junto com duas concorrentes suas – Andrade Gutierrez e Serveng-Civilsan, a empresa formou em 1999 a Companhia de Concessões Rodoviárias, para disputar leilões de concessões de rodovias. A Andrade Gutierrez adquiriu com outros investidores parte do sistema Telebrás, dando origem à Telemar, mais tarde convertida no Grupo Oi, gigante do setor e receptora de maciços investimentos do BNDES. Também adquiriu participação na Light, da qual a Cemig, estatal mineira, é acionista. A Odebrecht adquiriu diversos ativos no setor petroquímico que darão origem à Braskem. A Mendes Junior adquiriu participação na Aço Minas.⁵⁹

⁵⁵LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões, cit., p. 32.

⁵⁶COUTINHO, Diogo Rosenthal; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201902>.

⁵⁷MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. **Reinventando o capitalismo de Estado**: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países, cit.

⁵⁸LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões, cit., p. 39.

⁵⁹Cito, mais uma vez, Campos: “Nos anos 90, a diversificação das atividades das empreiteiras se intensificou com as privatizações, que abriram novos horizontes de possibilidades para as construtoras, com taxas de lucro atraentes. As próprias políticas privatizantes correspondiam ao novo porte alcançado pelas empreiteiras brasileiras em certos ramos, como a construção pesada, alguns segmentos industriais e o setor bancário e financeiro, levando empresários brasileiros desses setores a se postularem como candidatos a absorver os

Com a penetração destas empresas, sempre próximas aos governos, no setor de infraestrutura e indústria de base, agora não apenas como construtoras, mas também como acionistas de empresas detentoras de ativos privatizados ou concessionárias de infraestrutura; são elas, mais uma vez, as candidatas naturais aos grandes contratos da prestação de serviços firmados pela Petrobras, bem como àqueles associados aos projetos de infraestrutura previstos nos PACs I e II, alguns deles prevendo, inclusive, parcerias com empresas estatais.

A tabela abaixo é ilustrativa desta tendência: não há grande construtora que tenha participado das obras de infraestrutura icônicas do período autoritário que tenha ficado de fora do cartel das 16 empreiteiras que se beneficiavam dos grandes contratos de obras contratados pela Petrobras:

Tabela 2 – Conexão entre “obras emblemáticas do período autoritário” e a presença no “clube das 16”

Empresas integrantes do clube das 16	Obras emblemáticas da ditadura
Odebrecht	<ul style="list-style-type: none"> - Centrais Nucleares Brasileiras: Angra I, II e III, ressalvando-se que a obra de Angra III foi posteriormente adjudicada à Andrade Gutierrez; - Expansão do Aeroporto do Galeão para permitir pouso de supersônicos; - Estrada de Ferro Carajás, em conjunto com Andrade Gutierrez e Queiroz Galvão.
Camargo Corrêa	<ul style="list-style-type: none"> - Fase 2 do Metro de São Paulo; - Ponte Rio Niterói, integrando o Consórcio Construtor Guanabara Ltda em conjunto com Mendes Júnior, Construtora Rabello e Sobrenco Engenharia e Comércio; - Aeroporto de Cumbica; - Usina de Itaipu,⁶⁰ integrando o consórcio Unco em conjunto com Cetenco, CBPO, Mendes Júnior e Andrade Gutierrez;

ativos públicos em processos de desestatização. Nesse sentido, as maiores empreiteiras brasileiras se punham ao lado de poucas companhias nacionais e dos grupos estrangeiros (...).” CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. Semeando gigantes: centralização de capitais e diversificação das atividades das empreiteiras brasileiras no final da ditadura civil-militar, cit., p. 85.

⁶⁰De modo a deixar claro, como não se trata de um pagamento por um favor de um agente público, o *quid pro quo* que caracteriza os tipos dos crimes de corrupção ativa previstos no Código Penal brasileiro, mas um esquema maior, capaz de influenciar escolhas governamentais, cita-se o seguinte trecho de Campos, ao tratar da obra de Itaipu e das grandes obras do setor elétrico como um todo: “O setor que representou as maiores encomendas às grandes construtoras brasileiras na ditadura foi o de barragens e hidrelétricas. Empreendimentos que demandavam maior especialização técnica, grande volume de capital e poder financeiro, as centrais hidrelétricas possibilitaram a formação do grande capital brasileiro na construção pesada, composto pelas barrageiras. A ditadura reforçou o modelo do período JK de construção de grandes

	<ul style="list-style-type: none"> - Ferrovia do Aço, contrato de maior valor; - UHE Tucuruí; - Estação de Tratamento de Esgoto de Barueri (a maior estação contínua do mundo à época).
Andrade Gutierrez	<ul style="list-style-type: none"> - Centrais Nucleares Brasileiras: Angra III após a rescisão com Odebrecht; - Aeroporto de Confins; - Usina de Itaipu, integrando o consórcio Unco integrando o consórcio Unco em conjunto com Cetenco, CBPO, Mendes Júnior e Camargo Corrêa; - Ferrovia do Aço, segundo maior contrato em valor; - Estrada de Ferro Carajás, em conjunto com Odebrecht e Queiroz Galvão.
Mendes Junior	<ul style="list-style-type: none"> - Ponte Rio Niterói, integrando o Consórcio Construtor Guanabara Ltda em conjunto com Camargo Corrêa, Construtora Rabello e Sobrenco Engenharia e Comércio; - Lotes 1 e 3 da Transamazônica; - Parte do Lote 2 da Transamazônica após a falência da empresa Cristo Redentor; - Aeroporto de Confins; - Usina de Itaipu, integrando o consórcio Unco em conjunto com Cetenco, CBPO, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez; - Ferrovia do Aço.
Queiroz Galvão	<ul style="list-style-type: none"> - Lote 4 da Transamazônica; - Ferrovia do Aço; - Estrada de Ferro Carajás, em conjunto com Andrade Gutierrez e Odebrecht.

Fonte: Elaboração própria.

Assim, como o capitalismo de estado não é uma novidade dos Governos Lula e Dilma, a corrupção não o foi. Há relatos de favorecimentos indevidos tanto no período da ditadura quando nas privatizações.⁶¹ Por isso, é importante indagar se a corrupção como favorecimento pessoal de agentes públicos é a causa das escolhas públicas voltadas a favorecer um certo grupo de agentes privados, ou se, ao menos em alguns casos tratados nesta tese, é o

usinas nos rios, dando novo volume e patamar a estas obras, que atendiam a uma gama de interesses: os consumidores eletrointensivos, dado que elas representavam custo menor por quilowatt instalado, possibilitando menores custos para as fábricas de aço, alumínio, papel e outros; as produtoras de equipamentos elétricos, como turbinas e geradores, que lucravam com a produção dos mesmos, em ramo dominado por firmas estrangeiras, como Voith, Alstom, GE e outras; e as construtoras, que ficavam responsáveis pela maior parte dos gastos da obra.” CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988, cit., p. 388.

⁶¹Vide, com relação ao primeiro caso, Id. Ibid., p. 401 et seq. e BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado**: um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Ed. Geração, 2014.

esquema de captura que, surgindo primeiro, traz embutido casos de favorecimento pessoal de certos agentes e vultosas doações eleitorais, algumas delas feitas irregularmente.

A proximidade aos governos durante a ditadura, operacionalizada por meio de favorecimentos que iam desde pagamento de propinas a oferecimento de cargos em empresas privadas a agentes públicos, encontra novos caminhos no período democrático, quando o executivo passa a dividir parte de seu poder de dirigir o orçamento e aprovar normativos capazes de transferir riqueza com o legislativo. Esses caminhos foram, além da corrupção propriamente entendida como pagamento de vantagens pessoais, traçados pelas doações eleitorais – que eram vedadas apenas a empresas internacionais, por conta da legislação eleitoral até então vigente – e pela promiscuidade de relações empresariais entre agentes estatais, fundos paraestatais e empresas privadas, que passavam a se relacionar de forma bastante íntima em diversos foros, entre eles os órgãos de administração de empresas privatizadas.

A Operação Lava a Jato veio expor as estranhas e as proporções gigantescas deste sistema, de cuja existência já se tinha evidências há alguns anos. Investigando esquemas “clássicos” de corrupção (aqueles tipificados no Código Penal), foram descortinadas relações mais complexas. Mas será que o arcabouço jurídico-institucional no âmbito do qual se desenrolou a operação está pronto para lidar com os próprios achados da operação, punindo as empresas mas, ao mesmo evitando enormes custos sociais e criando condições para que os esquemas deflagrados não se repitam? Para responder a estas questões, é necessário analisar como este arcabouço de leis e instituições voltadas a investigação, controle e punição da corrupção, que se encontram sobrepostas e nem sempre articuladas, se formou e vem funcionando. É o que se pretende fazer no item seguinte.

1.2. No meio do caminho, havia reformas

Varre, varre, varre vassourinha!
Varre, varre a bandalheira!
Que o povo já 'tá cansado
De sofrer dessa maneira
Jânio Quadros é a esperança desse povo [abandonado!
Jânio Quadros é a certeza de um Brasil, [moralizado!
Alerta, meu irmão!
Vassoura, conterrâneo!
Vamos vencer com Jânio!

(Jingle da campanha de Jânio Quadros à Presidência da República, em 1960)

O período de redemocratização deu início a um processo de reformas legais que inovaram o ambiente institucional brasileiro. Para fins da discussão dessa tese, interessam duas categorias de reformas levadas a cabo nesse período. A primeira se refere aos normativos voltados ao objetivo nascente já na Constituição Federal de 1988 (CF/88 ou Constituição) de garantir o funcionamento da Administração Pública para todos e em benefícios de todos, buscando a lisura no uso dos recursos públicos. São exemplos deste movimento, além da própria Constituição, a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, (Lei de Improbidade Administrativa), apontada por Palma e Azevedo Marques como “um claro posicionamento legislativo frente ao Caso Collor”⁶² e a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), que cristalizou um verdadeiro paradigma do controle das contratações públicas.

Além destas reformas voltadas a um melhor controle da Administração Pública, notadamente ao uso de seus recursos, identifica-se uma categoria de reformas do ambiente de negócios brasileiros. Estas reformas visavam, seguindo o receituário do chamado “Consenso de Washington”, aumentar o grau de abertura da economia brasileira, inserindo-a no comércio internacional e preparando-a para o recebimento de investimentos privados internacionais. São exemplos destas reformas a adesão a acordos comerciais multilaterais de comércio, as Emendas Constitucionais que eliminaram as diferenciações entre empresa brasileira de capital estrangeiro e empresa brasileira de capital nacional e abriram os setores de energia, telecomunicações e, em parte, de petróleo ao investimento internacional. Também são reformas legais deste período a submissão do Estado a regras de mercado quando atuando na atividade econômica (Emenda Constitucional nº 19/1998), a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a

⁶²PALMA, Juliana Bonacorsi de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil, cit., p. 22.

reformulação dos setores energia, telecomunicações, e petróleo, com a criação de suas agências reguladoras (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dentre outras).⁶³

O combate a corrupção foi o argumento político principal para a aprovação de uma Lei de Licitações, estando a sua edição relacionada à supostas irregularidades no relacionamento entre Paulo César Farias, conhecido como PC Farias, e o governo Collor. A lei confere reduzida discricionariedade ao gestor público, buscado como solução para a lisura nos procedimentos licitatórios a minúcia e o detalhismo. Contudo, o que pouco se percebeu é que a lei também atende ao interesse de determinados grupos. É a análise de Rosilho:

A Lei Geral de Licitações e Contratos vigente seguiu o caminho da superlegalização. O Legislativo, em 1993, optou por transferir para a lei federal boa parte das decisões que poderiam ter sido tomadas, no plano abstrato ou concreto, por outras instâncias e atores – seja pelo Legislativo dos Estados e Municípios, seja pela própria administração pública das três esferas federativas (editando-se regulamentos ou, eventualmente, produzindo atos administrativos). Dessa forma, por meio de uma Lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando-o ao que fora previamente definido nas normas. Procurou-se criar a figura do gestor boca da lei na expectativa de que a corrupção – cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela administração para decidir como melhor contratar – fosse reduzida.

(...)

O curioso é notar que a Lei nº 8.666/93, com seu discurso sedutor, enfeitiçou a comunidade jurídica, os órgãos de controle, a imprensa e, de um modo geral, toda a sociedade: estamos, há quase vinte anos, sob seus efeitos. Como soldados leais ao tirano, nos dispomos, sob a menor das ameaças, a defender a Lei nº 8.666/93. Não nos damos conta de que, ao fazê-lo, fortalecemos as empreiteiras emergentes e enfraquecemos a administração pública.⁶⁴

Outras leis de procedimentos licitatórios e de contratações públicas foram editadas após a Lei de Licitações, especialmente com a vinda da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Alguns diplomas, tais como a Lei nº 12.462, em 5 de agosto de 2011⁶⁵, adotaram

⁶³Vide, nesse sentido, TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. Toward a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions, cit.

⁶⁴ROSILHO, André Janjacom. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil?**: as reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. 2011. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011. p. 144.

⁶⁵A Lei nº 12.462/11 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), um estatuto jurídico aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação, da Copa do Mundo FIFA 2014 e de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da federação.

técnica legislativa diversa, apresentando ferramentas ao gestor público ao invés de limitar o seu campo de decisão procedimental. Contudo, a Lei nº 8.666/1993 permanece como a lei geral de licitações, estando no imaginário dos controladores como uma lei a qual as demais leis do tema devem se submeter.

Os processos de reforma mencionados não se limitaram aos anos 90, sendo que novas normas foram editadas também nas últimas décadas com a tais objetivos.

No campo eleitoral, o combate à corrupção foi um dos motivadores da extinção do financiamento empresarial na campanha eleitoral, reforma que faz parte do segundo grupo de medidas e que foi fruto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650, em acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17 de setembro de 2015. O autor da ação, a Ordem dos Advogados do Brasil, sustentou que seria inconstitucional permitir que o acesso ao capital de empresas se transforme em elemento determinante para o sucesso das campanhas políticas, entendendo que se violaria, assim, o princípio democrático, o princípio republicano e o princípio da razoabilidade. Salientou que os ditos vícios se fazem sentir tanto na mercantilização das campanhas eleitorais quanto no exercício das funções eletivas, reputando a corrupção como resultado do financiamento eleitoral.

O combate à corrupção foi também levantado por alguns ministros em seus votos e nas discussões para o acórdão. Luís Roberto Barroso indicou ser o financiamento de campanha por empresas um modelo que favorece a corrupção ou “favorece uma forma de extorsão não explícita de obtenção de recursos das empresas”. Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki e Gilmar Mendes ponderaram que o poder econômico pode interferir negativamente no sistema democrático e dar origem à corrupção eleitoral, mas essa não é uma consequência necessária. O Ministro Teori Zavascki considerou que é também o dinheiro que permite a disponibilidade de recursos financeiros expressivos para a realização das campanhas eleitorais. Acrescentou, ainda, que

não há como desconhecer que, no Brasil, já passou da hora de prover medidas no sentido de alterar esse crônico estado das coisas, em que campeiam práticas ilegítimas de arrecadação de recursos, de excessos de gastos e de corrupção política. Todavia, mostra-se uma alternativa pouco afinada com a nossa experiência histórica imaginar que a corrupção eleitoral e o abuso do poder econômico sejam produto do atual regime normativo e que isso seria razão ou pretexto suficiente para declará-lo inconstitucional, propiciando assim a volta ao regime anterior, em que se proibia o aporte de recursos por pessoa jurídica.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, nas discussões do acórdão, ponderou que

É difícil apresentar isso de uma maneira formal e dizer: o problema está na doação de campanha, a corrupção vem daí - quando a gente sabe que não é. Há corrupção aí, como há em outros setores, por outras razões, por motivações mais torpes. Felizes fôssemos se a corrupção do país estivesse associada à campanha eleitoral. Esse é um bom alibi.

Ao final, venceu a tese da inconstitucionalidade, restando vencidos os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes.⁶⁶ Como resultado do acórdão, o Congresso Nacional editou a Lei Federal nº 13.488/2017, que estabelece a criação do Fundo Especial de Financiamento da Campanha.

O principal instrumento legal para combate a fiscalização e combate à corrupção dentre as reformas realizadas é a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), apontada como uma lei afinada ao processo de reformas inserido no primeiro grupo – categoria das reformas focadas no imperativo de impor controles ao funcionamento e uso da máquina pública, protegendo a Administração da malversação do erário – aprovada também como forma de resposta às manifestações de julho de 2013.⁶⁷ Essa é a interpretação de Tojal e Tamasauskas, para quem a Lei Anticorrupção faria par com a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013,⁶⁸ ao instituir, no âmbito do Direito Administrativo e para o campo específico dos atos de corrupção, o mecanismo de responsabilização da pessoa jurídica e, sobretudo, a possibilidade de atenuação da pena imposta às empresas mediante colaboração do infrator. Segundo os autores:

⁶⁶A maioria do plenário julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 24 da Lei Federal nº 9.504/97 e do art. 31 da Lei Federal nº 9.096/95, na parte que em autorizam a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais; declarar a inconstitucionalidade do art. 24, parágrafo único, e art. 81, caput e o §1º da Lei Federal nº 9.504/97; e da expressão "ou pessoas jurídicas" constante nos art. 38, inciso III, e "e jurídicas", inserta no art. 39, caput e § 5º, da preceitos da Lei nº 9.096/95; declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 23, § 1º, I e II, da Lei nº 9.504/97, e do art. 39, § 5º, da Lei nº 9.096/95, com exceção da expressão "e jurídicas", com a manutenção da eficácia dos aludidos preceitos pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses; e para recomendar ao Congresso Nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dentro do prazo razoável de 24 (vinte e quatro) meses, considerando parâmetros previstos no acórdão.

⁶⁷TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o Instituto. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 237-254; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte. v. 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

⁶⁸Também conhecida como Lei de Combate ao Crime Organizado.

Como é cediço, as manifestações populares que tiveram lugar em junho de 2013 veiculavam inicialmente a indignação por parte de setores da sociedade em relação ao aumento das tarifas dos transportes públicos, sentimento esse que foi inflamado em razão dos altos gastos para a consecução de objetivos secundários do ponto de vista de políticas públicas, como a Copa do Mundo e as Olimpíadas. Após violenta repressão policial às manifestações, o foco transmutou-se de um mero descontentamento com o valor das tarifas de transporte para um desprezo generalizado à classe política, e a temática da corrupção logo foi alçada como tema preferencial nos protestos ao longo de todo o País.

(...)

Buscando oferecer respostas aos reclamos da sociedade civil, o poder instituído lançou um pacote legislativo anticorrupção com inspiração em países de origem anglo-saxã, fundados especialmente na utilização da consensualidade, com o objetivo de estabelecer instrumentos de cooperação e transação entre o Estado e os agentes infratores da lei.⁶⁹

(...)

No âmbito do Direito Administrativo, foi instituída a Lei 12.846/2013, a denominada Lei Anticorrupção, a qual estabeleceu especial atenção na figura do “corruptor” e, em última análise, beneficiário dos atos de corrupção, ou seja, as pessoas jurídicas. Além de inovações importantes, como o estabelecimento da polêmica responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados por seus prepostos/representantes, inclusive o delineamento dos caminhos a serem adotados para um política de integridade empresarial, a Lei Anticorrupção trouxe a figura do acordo de leniência, instrumento de cooperação e transação destinado àquelas empresas que estiverem dispostas a: a) colaborar efetivamente com o esclarecimento das investigações e identificação dos responsáveis; b) ressarcir os prejuízos causados à Administração pública; e c) adotar políticas de integridade com o objetivo de prevenir a ocorrência de novos ilícitos.⁷⁰

Um olhar alternativo ao processo de formulação da Lei de Anticorrupção, no entanto, indica algo que a aproxima também da categoria das reformas institucionais que têm por objetivo aperfeiçoar o ambiente institucional brasileiro, permitindo um nivelamento das condições de concorrência entre empresas no mercado nacional. Trata-se da forte influência da OCDE no processo de elaboração da lei.

De acordo com Rose-Ackerman e Palifka,⁷¹ a OCDE é responsável pela mais importante iniciativa de prevenção à corrupção internacional. A Convenção sobre o Combate

⁶⁹Esta é uma das muitas interpretações existentes sobre os sentidos das manifestações de 2013. Vide, CHARLEAUX, João Paulo. O que foram, afinal, as Jornadas de junho de 2013. E no que elas deram. **Nexo Jornal**, São Paulo, 17 jun. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/17/O-que-foram-afinal-as-Jornadas-de-Junho-de-2013.-E-no-que-elas-deram>. Acesso em: mar. 2019.

⁷⁰TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. op. cit., p. 237-238.

⁷¹ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and government: causes, consequences and reform**. New York: Cambridge University Press, 2016.

à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE), segundo os próprios autores, estende os princípios do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) para a comunidade internacional. É sabido que a FCPA foi promulgada em 1977, como resposta aos resultados de investigações iniciadas a partir do escândalo *Watergate*.⁷² Estas investigações identificaram a atuação de empresas multinacionais com sede nos Estados Unidos que teriam feito pagamentos indevidos a autoridades estrangeiras. Estes pagamentos causaram incômodo às autoridades americanas por três razões principais. Primeira, tratava-se de fundos muitas vezes apartados da contabilidade oficial das companhias (o popular “caixa dois”). Segunda, tratava-se de pagamentos não devidamente informados aos acionistas destas companhias, em violação à legislação do mercado de capitais. Terceira, os pagamentos tinham por finalidade influenciar a conduta de governos de outros países, sem que os Estados Unidos fossem envolvidos nessas operações, criando um problema de política externa para a nação americana.⁷³ No caso da *Lockheed*, empresa do setor de defesa fortemente envolvida nos pagamentos a autoridades estrangeiras, uma quarta questão se adicionava: a companhia era largamente financiada com recursos federais americanos.

Obviamente a comunidade empresarial americana e seus formuladores de políticas públicas jamais foram indiferentes ao risco de que a promulgação do FCPA, que criminalizava as práticas de suborno a agentes governamentais internacionais, poderia fazer com que empresas americanas perdessem negócios em jurisdições em que o suborno fosse um “pedágio” necessário ao desenvolvimento das atividades empresariais. A atenção a este fato foi justamente o que levou a comunidade empresarial americana a apoiar a promulgação de um tratado internacional que expandisse os princípios do FCPA a outros países. Esta

⁷²Relato semelhante é encontrado em FLORE, Daniel. **L’incrimination de la corruption**: les nouveaux instruments internationaux: la nouvelle Loi belge du 10 février 1999. Bruxelles: La Chartre, 1999. p. 41. Flore também reconhece que o interesse da OCDE em propagar o combate à corrupção é a preservação do livre comércio internacional. Segundo o autor, “L’approche de l’OCDE est quant à elle motivée par des considérations purement économiques, qui reposent sur une conception libérale des échanges économiques internationaux. Le commerce international avec des pays de nombreuses régions du monde, en particulier le sud-est asiatique, mais également entre pays de l’OCDE, est trop souvent biaisé par le fait que des marchés sont remportés non en fonction des pots-de-vin qu’elles sont prêtes à verser pour obtenir ces marchés. Et de tels paiements restent entièrement occultes. Le marché international manque donc totalement de transparence et ne répond pas aux conditions de libre concurrence, telles qu’elles sont posées par le dogme du libéralisme économique. Il s’imposait dès lors pour l’OCDE de prendre les mesures nécessaires pour mettre un terme à la pratique de la corruption des transactions commerciales internationales. C’est ce que l’OCDE a entrepris à partir de 1994. L’angle d’attaque est des pots-de-vin pour obtenir des contrats internationaux, sans considération particulière pour la question de la moralité des affaires publiques.” (Id. Ibid., p. 9).

⁷³KHOLER, Mike. The story of foreign corrupt practices act. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 73, n. 5, p. 929-1013, 2012.

iniciativa resultou na Convenção da OCDE. A convenção da OCDE como resultado de esforços do governo americano para estender a todos os países os mesmos padrões de conduta a que estavam submetidas as empresas americanas, garantido a competitividade destas empresas, é relatada também por Perlman e Sykes. Estes autores indicam, ainda, que a extensão da aplicação do FCPA a empresas que tenham qualquer mínima relação com a jurisdição americana, num claro esforço de extensão do alcance da lei, se dá em nome das mesmas preocupações.⁷⁴ A própria Controladoria Geral da União adota essa interpretação, em seu “Manual de Responsabilização Administrativa”.⁷⁵ Curioso é que a CGU esteja consciente deste processo mas talvez não tenha se apercebido de que os padrões do direito americano para a prática de corrupção por agentes nacionais não correspondem exatamente aos parâmetros da FCPA. No âmbito interno, tais questões são tratadas pelo U.S. Code, pela *Rackteering Influenced and Corrupt Organizations Act*, por diferentes leis de cada estado da federação e por complexa regulamentação do lobby. O Brasil, sem se dar conta desta sutileza, importou a FCPA de forma ainda mais restritiva para lidar tanto com a corrupção de agentes estrangeiros quanto com as delicadas questões que envolvem relações potencialmente inadequadas entre empresas privadas e Estado.

Sendo signatário da Convenção Sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais da OCDE,⁷⁶ o Brasil se submetia a atividades de monitoramento da implementação da convenção. Não obstante a convenção seja voltada à corrupção em transações internacionais, nos moldes do FCPA americano, as medidas institucionais adotadas no âmbito da implementação da convenção, sobretudo as alterações legais, acabaram por resultar em profundo impacto no sistema de combate à corrupção interna, tendo em vista que muitas das recomendações tinham por objetivo aperfeiçoar a eficácia do sistema de combate aos crimes econômicos de forma geral. Os relatórios produzidos nas diferentes fases de monitoramento do processo de implementação da convenção pela OCDE recomendam de forma veemente a responsabilização da pessoa jurídica pelos crimes de corrupção de agentes internacionais (adicionalmente à

⁷⁴PERLMAN, Rebecca L.; SYKES, Alan O. The political economy of the foreign corrupt practices act: an exploratory analysis. *Journal of Legal Analysis*, v. 9, n. 2, p. 153-183, 2017.

⁷⁵BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU. **Manual de Responsabilização Administrativa de Entes Privados**. Brasília-DF, dez. 2017. p. 48. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-de-responsabilizacao-de-entes-privados-dezembro-2017.pdf/view>. Acesso em: mar. 2019.

⁷⁶O Brasil assinou a Convenção em 1997, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 125, de 15 de junho de 2000.

responsabilidade criminal da pessoa física, que a organização considerava insuficiente) e o uso dos mecanismos de justiça negociada (leniência e colaboração premiada) como forma de investigação.⁷⁷ É justamente o que se verifica na promulgação da LAC e do Decreto nº 8.420/2015, que a regulamenta, e na forma de atuar da força tarefa da Operação Lava a Jato e de outros órgãos especializados de combate à corrupção e lavagem de dinheiro.

No relatório emitido ao final da Fase 1 do monitoramento, em dezembro de 2014,⁷⁸ a OCDE faz duas observações centrais sobre o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil ao firmar o tratado. A primeira sinaliza de forma positiva o fato de o país ter se alterado sua legislação para incluir no Código Penal os crimes de corrupção ativa em comércio internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional. A segunda, ao dar conta da inexistência, exceto para fins penais ambientais, do conceito de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, recomenda a inserção da corrupção como ilícito concorrencial punível nos termos da Lei nº 8.884/94, para que a empresa infratora fique sujeita às penas de multa ali impostas, recomendando, ainda, que as demais penalidades imputáveis à pessoa jurídica em caso de prática de corrupção (declaração de inidoneidade, nos termos da Lei nº 8.666/1993 e perdimento de bens, nos termos do art. 91 do CP) sejam aplicadas de forma a torná-las eficazes, proporcionais e dissuasivas. Nota-se assim, grande preocupação da OCDE com o tema da punição da pessoa jurídica por atos de corrupção.

No relatório relativo à Fase 2,⁷⁹ o grupo de monitoramento é taxativo ao determinar que o Brasil não teria inserido em seu ordenamento a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção de agentes públicos internacionais, de modo que a legislação brasileira estaria em desacordo com os artigos 2º e 3º da Convenção. O grupo de

⁷⁷A OCDE faz outras recomendações durante o processo de monitoramento. Neste trabalho, focamos na questão da responsabilização da pessoa jurídica e da adoção de mecanismos de leniência, que são os que mais importam à discussão aqui proposta.

⁷⁸ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Brazil:** Phase 1 – Review of the implementation of the Convention and 1997 Recommendation. This report was approved and adopted by the Working Group on Bribery in International Business Transactions on 31 August 2004. OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33742137.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

⁷⁹ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Brazil:** Phase 2 – Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions. This report was approved and adopted by the Working Group on Bribery in International Business Transactions on 7 December 2007. OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/39801089.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

monitoramento recomendava, ainda, que essa séria falha no ordenamento brasileiro fosse corrigida o quanto antes.⁸⁰

É apenas na Fase 3 do monitoramento, ocorrida em Outubro de 2014, portanto, após a promulgação da LAC, que a OCDE parece dar-se por satisfeita, ao verificar que o Brasil, na impossibilidade de prever a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, dada a falta de previsão constitucional para tanto⁸¹, havia criado a responsabilidade administrativa, que poderia ser aplicada com eficácia ainda maior, tendo em vista que os procedimentos penais no país eram lentos e permitiam vários recursos. Além disso, a responsabilidade administrativa poderia ser objetiva, o que não seria viável no âmbito da responsabilização criminal, que apenas admite a pena proporcional à culpa do acusado.⁸²

Ou seja, a responsabilidade objetiva prevista na LAC decorre de um contrabando de institutos – a intenção era criar uma responsabilidade forte, de caráter quase penal, mas permitir sua aplicação sem grande vinculação à culpa do acusado, o que não seria possível na esfera criminal. Assim, juntou-se na esfera administrativa, de um lado, a pena grave e, de outro, padrões menos restritos de imputação. Não por outro motivo Bottini chega à conclusão de que a LAC é uma lei penal disfarçada.⁸³

⁸⁰Trecho do relatório sobre esse ponto: “Brazil has not taken the necessary measures to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official. The Working Group has determined that the current statutory regime for the liability of legal persons is inconsistent with Article 2 of the Convention. As a consequence legal persons are not punishable in Brazil for foreign bribery by effective, proportionate and dissuasive sanctions as required by Article 3 of the Convention. The Group recommends that this serious gap in the law be urgently addressed, and welcomes recent initiatives taken by Brazil in this regard.”. Id. Ibid., p. 4.

⁸¹A Constituição não admite expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º), enquanto que a comporta, de forma expressa, nos casos de crimes ambientais (art. 225, § 3º). Todavia, cabe ressaltar que tramita proposta legislativa para reponsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado pelos crimes praticados contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro (arts. 41 a 44 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012).

⁸²Destaca-se o seguinte trecho do relatório: “Nonetheless, panellists almost unanimously supported Brazil’s pragmatic decision to opt for the administrative liability of legal persons for foreign bribery (and other economic offences covered by the law). The main reason invoked was that because of a number of inefficiencies in Brazil’s judicial system, including lengthy proceedings and multiple appeals (see Section 5f), holding a legal person criminally liable for foreign bribery would take significantly more time with a lower chance of success. This situation is illustrated by the almost total lack of enforcement of environmental offences with respect to legal persons. The CGU, the prosecutors and the lawyers at the on-site visit also stressed that a standard of liability as broad as the strict liability contemplated under the CLL would not have been feasible under a criminal statute, which would have required proof of fault or intent of the legal person and afforded narrower possibilities to hold companies responsible.”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil**. [It was adopted by the Working Group on Bribery's on 16 October 2014]. OECD Publishing, p. 17. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

⁸³BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. **Consultor Jurídico**, 8 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>. Acesso: mar. 2019.

Além da evidente previsão disfarçada de uma sanção penal com requisitos de culpabilidade menores que aqueles exigidos por este campo, é importante notar que o legislador da LAC, de forma açodada, tipificou o ilícito de corrupção empresarial de forma ainda mais aberta que aquela exigida pela OCDE. O artigo 1, item 1, da Convenção da OCDE obriga o país signatário a tomar todas as providências para que seu ordenamento interno preveja como crime

a oferta, promessa ou entrega de vantagem indevida pecuniária ou outra, seja de forma direta ou por meio de intermediários, a funcionário público estrangeiro ou a terceiro, para que tal funcionário aja ou deixe de agir no exercício de suas atribuições oficiais, de modo a obter ou manter negócios, ou qualquer outra vantagem irregular, na condução dos negócios internacionais. (tradução nossa)⁸⁴

O dispositivo inserido na LAC para atender a esta obrigação é seu artigo 5º, inciso I, nos termos do qual “constitui ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira” punível nos termos da lei em questão “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada”. Ficaram, portanto, dispensados os requisitos de que (i) a vantagem indevida seja paga ou prometida com o objetivo de levar o agente público a praticar ou deixar de praticar ato dentro de suas atribuições e que (ii) a compra do ato ou omissão do agente seja voltada à obtenção de uma vantagem espúria por aquele que paga ou promete pagamento. Esses requisitos, entretanto, são importantes para caracterizar aquilo que a moderna doutrina penal chama de “o injusto” da conduta, assim como o dano causado à Administração Pública, permitindo a aplicação de uma pena proporcional.

Outro ponto da LAC que satisfaz a recomendação da OCDE foi a criação dos mecanismos de justiça negociada no Direito Brasileiro, ressalvado, entretanto, que o uso destes mecanismos se desse de forma a manter as sanções por atos de corrupção proporcionais, eficazes e dissuasivas. Com relação à delação premiada prevista na Lei do Crime Organizado, os examinadores da OCDE:

⁸⁴A redação original do dispositivo é a seguinte: “Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.”.

Dão as boas vindas às novas possibilidades de aplicação da lei introduzidas pela Lei do Crime Organizado. Eles [os examinadores] recomendam que o Grupo de Trabalho acompanhe o uso de acordos de delação premiada após a sentença, de modo a verificar que as sanções se mantenham proporcionais, eficazes e dissuasivas. (tradução nossa)⁸⁵

Já com relação ao mecanismo de leniência previsto na LAC, por sua vez, os examinadores da OCDE consideram como resultado positivo da lei “a ampliação do arsenal disponível aos órgãos de persecução para encorajar a auto delação e descobrir a corrupção internacional”,⁸⁶ por meio do art. 7, inc. VII (que determina que a disposição da pessoa jurídica em cooperar com apurações deve ser levada em conta ao fixar a sanção) e do art. 16 (que prevê a figura do acordo de leniência).

O relatório também deixa evidente a preocupação da OCDE com a aplicação da LAC justamente às empresas que estariam sendo usadas como instrumento para ou beneficiadas por políticas desenvolvimentistas recentes – as estatais e as chamadas “campeãs nacionais”. Segundo o relatório:

Determinar se as empresas estatais estariam efetivamente sujeitas à aplicação da Lei Anticorrupção seria de fundamental importância, em uma economia como a do Brasil, em que empresas estatais possuem enorme porte e dominância, tanto em âmbito doméstico quanto internacional, e vem sendo consideradas como instrumentais ao crescimento econômico do país. (tradução nossa)⁸⁷

O mesmo documento adverte que:

Além do seu papel em diversas estatais, o Governo Brasileiro é bastante ativo no financiamento a empresas por meio do BNDES, incluindo diversas das companhias abertas mais importantes, que os participantes da inspeção local chamaram de ‘Campeãs Nacionais’. Estas companhias abertas estão sujeitas à Lei Anticorrupção. (tradução nossa)⁸⁸

⁸⁵ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil**, cit., p. 17. Trecho no original: “The lead examiners welcome the new enforcement possibilities introduced by the Organized Crime Law. They recommend that the Working Group follow-up on the use of post-sentencing cooperation agreements to ensure sanctions remain effective, proportionate and dissuasive.”

⁸⁶Id. Ibid., p. 28.

⁸⁷Trecho no original: “Determining whether SOEs can be held liable under the CLL both in law and in practice is all the more important in an economy like Brazil’s where many SOEs are extremely large and dominant, both within Brazil and abroad, and have long been considered instrumental to the country’s economic growth.”. Id. Ibid., p. 18.

⁸⁸Trecho no original: “Beyond its role in a number of SOEs, the Brazilian Government is also very active in the financing of private companies through BNDES,³⁷ including several of the most important publicly listed companies, which participants in the on-site visit called Brazil’s “Champion Companies”.³⁸ These publicly listed companies are legally covered under the CLL.”. Id. Ibid., p. 18.

Por fim, o Relatório de Acompanhamento Pós Fase 3,⁸⁹ emitido em 2017, após a promulgação do Decreto nº 8.420/2015 e da Portaria nº 910, do Ministério da Transparência, e da Lei das Estatais, a OCDE conclui que o Brasil teria cumprido com a maior parte das recomendações feitas pela organização. O Decreto nº 8.420/2015 teria atendido principalmente à recomendação de se fixar critérios claros de redução de penas pela adoção de mecanismos de integridade por empresas. A Lei das Estatais teria atendido a recomendação de se prever expressamente a aplicação das penalidades previstas na LAC às empresas estatais. Por fim, a Portaria nº 910 da CGU cumpriu com a recomendação de se prever expressamente que as decisões relativas aos processos de apuração de atos de corrupção não levariam em conta considerações de interesse econômico nacional, efeito potencial nas relações do Brasil com outros estados estrangeiros e identidade das pessoas envolvidas. A previsão visa a atender o art. 5º da Convenção.

Pois bem: o Brasil atendeu ao clamor popular e às recomendações da OCDE ao promulgar a Lei Anticorrupção, mas este parece ter sido mais um evento em que o sistema nacional tipifica ilícitos com base em recomendações internacionais e/ou exemplos de outras jurisdições, sem as necessárias avaliações do impacto dessas novas leis no sistema jurídico como um todo. Ainda, a importação do modelo de aplicação da lei se deu de forma incompleta, com a transposição do conceito jurídico recomendado, mas sem a correspondente reprodução, ainda que de forma adaptada, do arcabouço institucional em que este conceito foi gestado.

Nos EUA, o órgão de persecução responsável por buscar a aplicação do FCPA, inclusive negociando os acordos de leniência com empresas e indivíduos é o *Departamento of Justice* (DoJ), que atua em âmbito criminal, havendo uma atuação complementar da *Securities and Exchange Commission* (SEC), responsável por aplicar sanções por descumprimento da legislação societária e mercado de capitais. O guichê de responsabilização para toda a esfera que não a referente à legislação de mercado de capitais (ou seja, para o que não se refere à proteção dos investidores) é único. A possibilidade de firmar acordo de leniência para encerrar os processos envolvendo a aplicação da FCPA é uma ferramenta fundamental deste sistema. Todo o sistema judicial americano é fortemente

⁸⁹ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Brazil:** Follow-Up to the Phase 3 Report and Recommendations. [The OECD Working Group on Bribery's summary of and conclusions to the report were adopted on February 10 2017]. OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

apoiado nas figuras de *settlements* e *plea bargain agreements*, acordos que colocam fim a processos nas esferas cível e judicial, em sua maioria evitando o julgamento dos feitos. Este mecanismo é ainda mais importante para calibrar a aplicação do FCPA. De acordo com estatísticas publicadas pela Universidade de Stanford, do início da aplicação da lei, em 1977, até o momento até agosto de 2018, nada menos que 76,41% dos réus processados pelo DoJ em casos envolvendo violações ao FCPA fizeram acordos similares ao acordo de leniência previstos na legislação brasileira.⁹⁰

No Brasil, a LAC, ao não tratar exclusivamente dos atos de corrupção internacional, não implementou o guichê único do FCPA, adicionando mais uma esfera de controle de atos e contratos quanto à sua potencial lesividade para a Administração Pública, em adição a controles que já existem e hoje são feitos de forma exacerbada, embora não com a eficácia esperada.⁹¹ A competência para responsabilizar diferentes atores pelo dano à Administração Pública, tipificado como ilícito pela LAC, do qual a entrega ou promessa de vantagem indevida é apenas uma categoria, pertence, no âmbito do Poder Executivo Federal, à CGU e, no âmbito dos demais entes e poderes, às autoridades máximas do Poder Executivo, ou aos órgãos para os quais tal competência for delegada. A lei não indicou qualquer caminho para a integração do exercício desta competência por diferentes órgãos da federação.

Ainda, o mesmo delito de dano à administração pública previsto na LAC é passível de responsabilização em âmbito criminal,⁹² podendo ser enquadrado nos tipos de corrupção ativa ou passiva (arts. 333 e 317 do CP), peculato (arts. 312 e 313 do CP), associação criminosa (art. 288 do CP), lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998), crime contra a lei de licitações (arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993) e crime contra a ordem econômica (art. 4º e 7º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990). Nestes casos, a titularidade da ação penal é do Ministério Público (MP).

Na esfera judicial cível (o chamado juízo da Fazenda Pública), são passíveis de responsabilização nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei de Licitações, que podem resultar em dever de indenizar e penalidades de suspensão do direito de ou inabilitação para contratar com a Administração Pública (art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de

⁹⁰STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. **Key statistics from 1977 to present**. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>. Acesso em: mar. 2019.

⁹¹MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública, cit.

⁹²Conforme já mencionado, a tipificação penal é mais restrita do que a conduta descrita na Lei Anticorrupção, mas por outro lado, o crime de corrupção pode ser enquadrado ilícito administrativo, conduzindo ao enquadramento em ambas as esferas.

junho de 1993, e art. 86 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993). Nestes casos, a titularidade da ação de responsabilização competiria ao Ministério Público e ao ente lesado da Administração. Há ainda, a esfera de responsabilização do contratante, que pode impor as penas de declaração de inidoneidade e suspensão do direito de contratar com a Administração Pública (art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993).

Por fim, existe o controle dos Tribunais de Contas, que também podem impor as sanções impeditivas para se contratar com a Administração Pública e fiscalizar a adequação da reparação aos cofres públicos determinadas em acordo de leniência. No caso do TCU, o Tribunal, como já ocorreu com outras matérias, adotou a estratégia de fazer aprovar uma instrução normativa - Instrução Normativa (IN) 74/2015 – com o propósito de regular sua atuação na fiscalização de acordo de leniência⁹³. Ao fazê-lo, cometeu certos excessos, impondo obrigações a órgãos de controle de lhe encaminhar as minutas de proposta do acordo, sob pena de aplicação de penalidades e atribuindo para si a competência para rejeitar ou aprovar tais minutas. Adicionalmente, também a Advocacia Geral da União (AGU) avocou para si a competência para verificar se foi adequada a reparação os cofres públicos pactuada nos acordos.

Além disso, cada um destes órgãos tem sua atuação pautada, majoritariamente, por uma ideia clássica de indisponibilidade do interesse público que reina na doutrina tradicional do Direito Administrativo. Segundo esta ideia, o princípio da supremacia do interesse público conduziria à indisponibilidade deste interesse, fazendo com que Administração Pública, titular do poder-dever de aplicar a lei, não possa transigir sobre o direito de aplicá-la para fins punitivos. Assim, há sempre o dever de agir. E agir no sentido de aplicar a sanção.⁹⁴ Esta ideia tem bastante força dentro da Administração e dos órgãos de controle, tendo sido um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento dos acordos substitutivos de

⁹³Sobre a competência com que o TCU vem defendendo sua competência, interpretando a redação pouco detalhada da CF e LOTCU sempre de forma a alargá-la, veja-se, ROSILHO, André Janjacom. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

⁹⁴Para uma análise crítica do tema, v. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros Ed., 2015. p. 55. Para uma fonte clássica da ideia de indisponibilidade do interesse público, v. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 74. A autora deixa claro que, sendo os interesses públicos pertencentes à coletividade, não pode o agente público dispor deles, cabendo-lhe tão somente curá-lo na forma que a lei determinar. O trabalho de Juliana De Palma vem a propósito justamente de demonstrar que a consensualidade, em especial os acordos substitutos de sanção, não importam a disponibilidade do interesse público pelos agentes. Ao firmar, por exemplo, um termo de ajustamento de conduta, com o particular, a Administração está também exercendo, portanto, sua competência e autoridade para tutelar o interesse público, justamente por julgar que este é o caminho que melhor o atende.

sanção dentro da Administração Pública. Esses obstáculos vem sendo vencidos aos poucos, mas não sem grande dificuldade. Além disso, em um ambiente de competição institucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser facilmente utilizado por aqueles que defendem a competência para agir **porque desejam manter o poder que dela decorre**.

Essa superposição de órgãos engajados no combate à corrupção é chamada tecnicamente de “sistema multiagências”. Há quem aponte esse sistema, ou a “multiplicidade institucional” como positiva, eis que ela aumenta as chances de que os delitos sejam investigados e punidos. Em tese, é mais fácil capturar um único controlador do que vários.⁹⁵ Além disso, as leis tratando da matéria do controle da Administração Pública – Lei Orgânica do TCU (LOTUCU), Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Licitações e, mais tarde, Lei Anticorrupção - foram, em sua grande maioria, elaboradas e aprovadas como respostas a escândalos de corrupção e mal uso de recursos públicos. Assim, o sistema de controle erigiu-se sobre a ideia de que “quanto mais controle melhor”, em oposição à ideia de que era necessário delimitar as competências de cada ente controlador.⁹⁶ Conforme será discutido adiante, a multiplicidade institucional sem um sistema de governança adequado vem trazendo, ironicamente, efeitos deletérios ao próprio interesse público.

Esses são os principais elementos do arcabouço jurídico e institucional que serviram de base para a Lava a Jato: uma Lei Geral de Licitações detalhista e minuciosa, para “amarrar” os gestores públicos; um judiciário que passou a ver no financiamento de campanha por pessoas jurídicas um mal em si mesmo, propenso à corrupção (conforme evidenciado na ADI 4650); uma Lei Anticorrupção de inspiração internacional severa, descrevendo ilícitos administrativos de imputação objetiva, criada em alternativa à criminalização da personalidade jurídica em via penal; a coexistência do tratamento da corrupção em âmbito cível, administrativo, penal, e concorrencial; e a pluralidade de órgãos competentes para fiscalizar e apurar condutas de corrupção e aplicar sanções; a ideia de que a indisponibilidade do interesse público corresponde, necessariamente, à indisponibilidade da prerrogativa de punir.

Passaremos agora à análise dos episódios da Lava a Jato que demonstram como as normas e interpretações ora analisadas foram aplicadas de forma descoordenada, resultando, em alguns casos, na sanção por práticas cuja tipificação penal é duvidosa.

⁹⁵CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, Urbana, v. 62, p. 56-65, Nov. 2016.

⁹⁶ROSILHO, André Janjacom. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**, cit.

CAPÍTULO 2. OS ACHADOS E OS EFEITOS DA LAVA A JATO

2.1. Mas, afinal, o que a Lava a Jato revela?

A página inicial do *website* da Lava a Jato, criada pelo Ministério Público Federal⁹⁷ para divulgar os números e fatos da operação (iniciativa nunca vista em casos anteriores) a define da seguinte forma:

A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função.

Numa visão mais crítica, Quandt indica que a Lava a Jato é o

[C]onjunto de processos e investigações derivadas de um caso relativo à lavagem de dinheiro realizada por uma empresa de lavagem de carros, e que, pela aplicação generosíssima e assaz controvertida das regras legais sobre conexão e prevenção, atingiu proporções astronômicas. O objeto central da operação, que lhe deu visibilidade internacional, é um esquema de corrupção envolvendo a estatal Petrobras e numerosos empresários e políticos; entre os réus, passou a figurar recentemente o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.⁹⁸

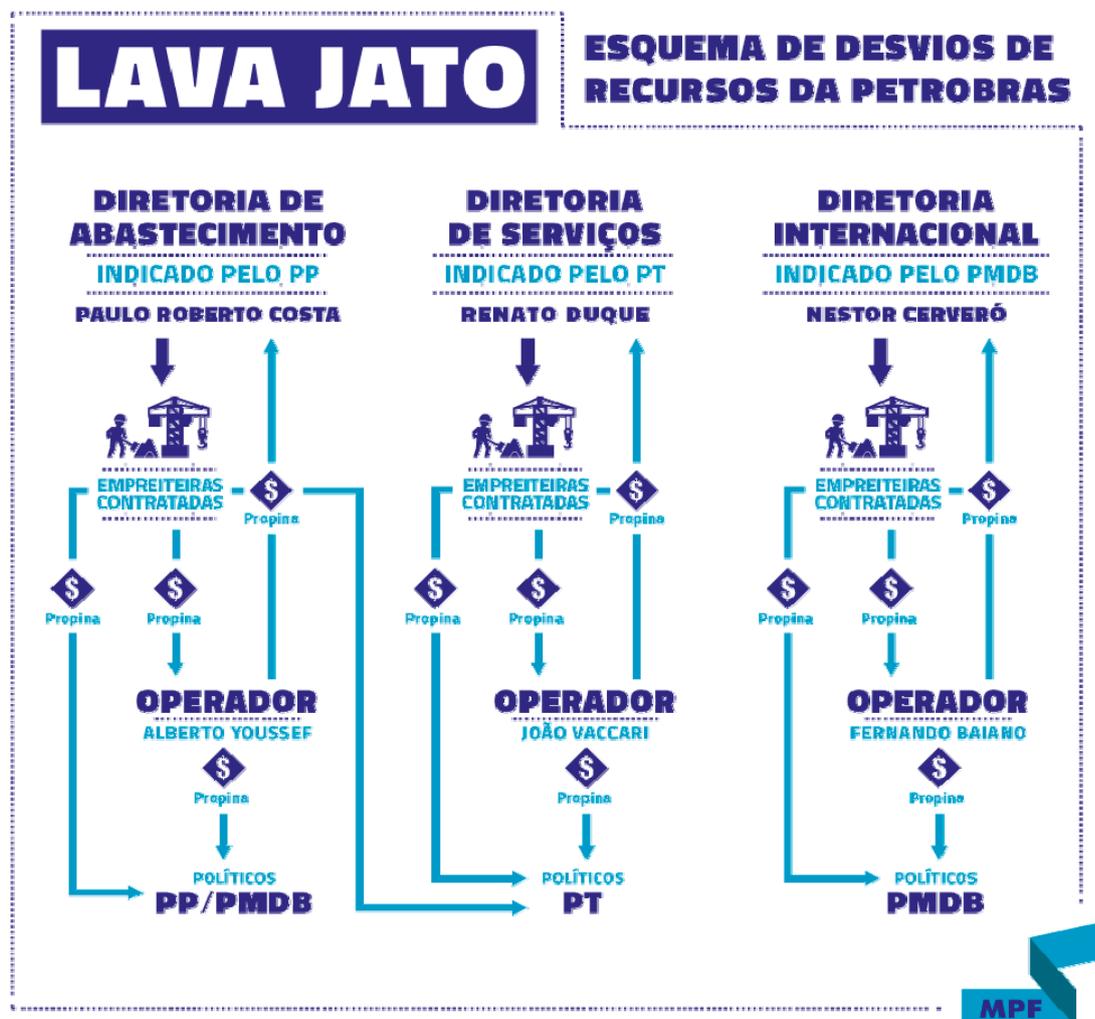
Entre um e outro extremos, tem-se que a Lava a Jato é uma operação de investigação de atos de corrupção que teve como objetivo inicial investigar esquemas de pagamentos ilegais por empresas fornecedoras da Petrobras que, alimentada pelas colaborações premiadas de réus envolvidos nestes esquemas, acabaram por se estender a uma série de outros esquemas de pagamentos ilegais, envolvendo outras empresas estatais e agentes políticos de altos escalões e seus partidos.

⁹⁷CASO Lava Jato. **Para o Cidadão**, Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: ago. 2018.

⁹⁸QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017. p. 54.

O esquema inicial investigado era relativo a uma rede de corrupção por meio das quais empreiteiras, agindo em cartel, faziam pagamentos ilícitos exigidos por funcionários das Diretorias de Abastecimento, Serviços e Internacional da Petrobras a partidos políticos que seriam os “donos” destas diretorias – ou seja, os partidos a quem o Poder Executivo havia cedido o direito indicar os dirigentes. A instrumentalização destes pagamentos seria feita por meio de operadores, comumente chamados de “doleiros”. A ilustração gráfica do esquema elaborada pelo próprio Ministério Público Federal (MPF) para explicar a operação é a seguinte:

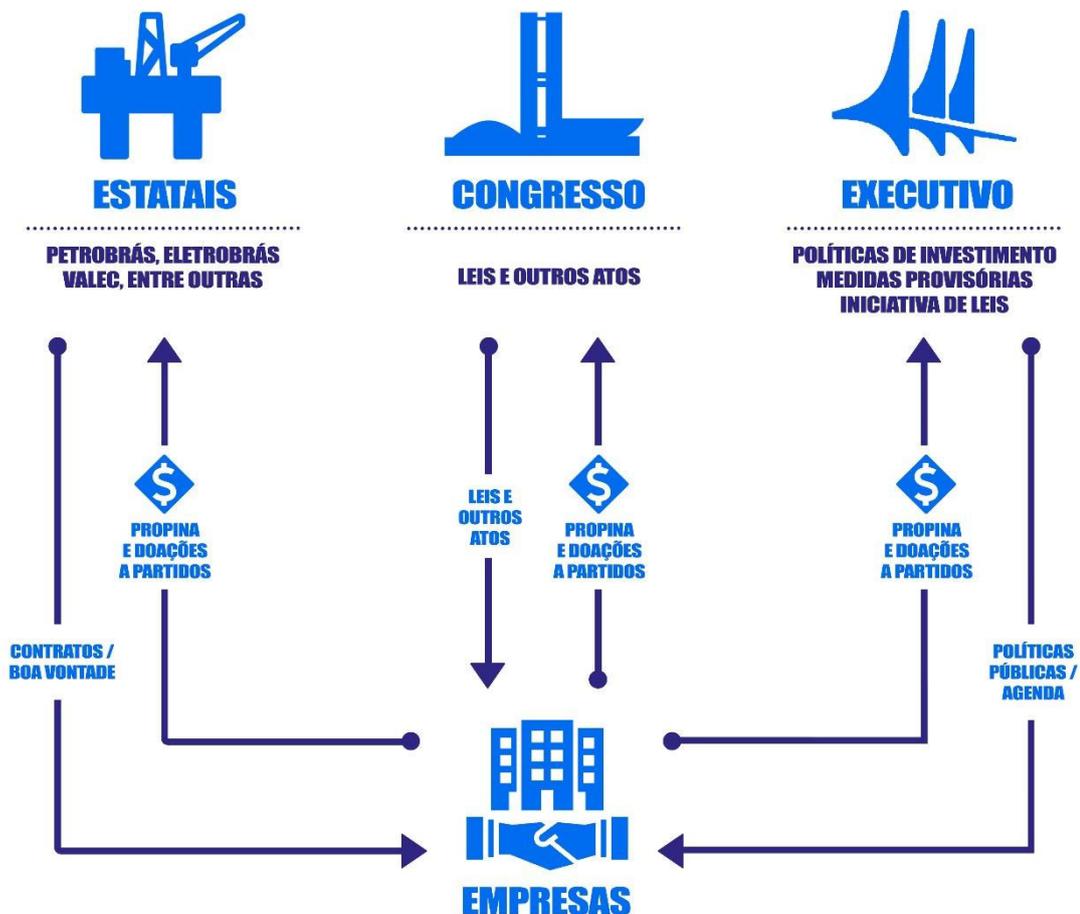
Figura 1 – Esquema de desvio de recursos da Petrobras segundo a operação “Lava a Jato”



Fonte: CASO Lava Jato. Entenda o caso. **Para o Cidadão**, Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: ago. 2018.

As investigações no âmbito da operação, entretanto, foram, de colaboração em colaboração, de delação em delação, revelando que o esquema de pagamentos ilegais não se limitava apenas à Petrobras, alcançando de forma ampla diversas instituições estatais. Um esboço de infográfico que resumisse a operação seria o seguinte:

Figura 2 - Esquema amplo de desvio de recursos públicos segundo a operação “Lava a Jato”



Fonte: Elaboração própria.⁹⁹

Para elucidar melhor o assunto, trago abaixo uma separação das práticas reveladas no âmbito da operação em categorias. Essas práticas foram extraídas de alguns depoimentos selecionados e, para fins de análise, foram divididas em categorias. Obviamente, os atos são alguns exemplos e não cobrem a totalidade dos eventos, lícitos ou ilícitos, relatados no

⁹⁹Formatado com o auxílio da pesquisadora Isabela Gianella, a quem agradeço publicamente.

âmbito da operação. A classificação proposta é finalística, ou seja, com base nas razões da destinação de recursos. Além disso, é importante notar que esta divisão é bastante nebulosa em alguns casos, não sendo fácil afirmar categoricamente que se trata de compra de boas relações e não de pagamentos para viabilizar uma certa política, ou mesmo um contrato com um ente governamental.

Tabela 3 – Práticas reveladas no âmbito da Operação “Lava Jato” classificadas por categorias

Categoria	Exemplo
Doação a candidato que apoie um setor (a doação eleitoral “pura”)	<ul style="list-style-type: none"> - Doações eleitorais de empresas de engenharia a candidatos que apoiam a indústria naval (Camargo Correa, Andrade Gutierrez, UTC);^{1,13} - Doações a partidos para se ter a oportunidade de influenciar de forma legítima políticas públicas futuras;⁵
Pagamento como compra de boas relações	<ul style="list-style-type: none"> - Doações declaradas e pagamentos não declarados feitos a partidos expressivos (PT, PMDB e PSDB), de forma regular;¹ - Doações declaradas e pagamentos não declarados a partido expressivo, com o objetivo de “garantir uma agenda” com o chefe do Executivo;⁶
Pagamento como recompensa por uma política pública implementada	<ul style="list-style-type: none"> - Pagamento a partido, por Camargo Corrêa e Queiroz Galvão (que participavam dos consórcios de estaleiros) em decorrência dos investimentos feitos pela Petrobras para revitalização da indústria naval;¹
Pagamento para obter medida lícita dentro de uma política já aprovada ¹⁰⁰	<ul style="list-style-type: none"> - Pagamento a partido para viabilizar autorização do Senado de aumento do limite de endividamento da Transpetro, de modo a viabilizar o PROMEF, que beneficiaria a indústria naval;¹ - Pagamento a partido e agentes para agilizar análise de riscos e decisão de investimento do FI-FGTS na PPP do Porto Maravilha;³ - Pagamento a partido e agentes aprovando investimento pelo FI-FGTS que já estava aprovado pelo conselho técnico em empresa do setor de saneamento (Haztech);³ - Pagamento a partido e agentes por empresa de saneamento (Aquapolo) que tinha Odebrecht como sócia, para aprovação final de investimento do FI-FGTS já aprovado pelo conselho técnico;³ - Pagamento a partido e agentes por empresa concessionária de rodovias que tinha OAS como sócia, para aprovação final de investimento do FI-FGTS já aprovado pelo conselho técnico;³

¹⁰⁰Com relação a este tema, Lucio B. Funaro¹¹ relata um modo de funcionamento do congresso em que os parlamentares com influência sobre as casas, ao identificarem que certas matérias estavam em tramitação, mapeavam os empresários que poderiam estar interessados na medida e destacavam quem dentre os congressistas procurariam os empresários para solicitar pagamentos, que poderiam ser em dinheiro ou via doações oficiais, em troca da aprovação das medidas, muitas vezes lícitas.

	<ul style="list-style-type: none"> - Pagamento a partido e agentes por concessionária de rodovias (BR Vias) por investimento feito pelo FI-FGTS na empresa;^{3 11} - Pagamento a partido e agentes por concessionária de linha do Metro do RJ (Lamsa), da qual a OAS é sócia indireta (via Invepar), para aprovação final de investimento pelo FI-FGTS, também já pré-aprovado pelo conselho técnico;³ - Pagamento a partido e agentes por estaleiros e empresas de engenharia pela assinatura dos contratos de afretamento de Sondas pela Petrobrás no âmbito do projeto Sete Brasil;^{4 8} - Pagamento a partido para viabilizar aprovação da medida provisória que aprovou o Refis da Crise (MP 613/2013), permitindo o parcelamento de dívidas tributárias relativas ao não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados (IPI) enquanto a matéria era discutida nos tribunais⁶; - Pagamento por controlador do grupo Constantino para viabilizar redução do ICMS sobre querosene de aviação¹¹; - Pagamento pela EBX para viabilizar investimento do FI-FGTS no Porto do Açú¹¹; - Pagamento na forma de doação eleitoral, pelo Grupo Libra, para viabilizar prorrogação antecipada e troca de áreas no âmbito de negociação da MP dos Portos;¹¹ - Pagamento pelo BTG para conversão em lei de medida provisória autorizando participação estrangeira no setor de saúde;¹¹
Pagamento para viabilizar medida “ilegítima”, contrato com alto risco, ou investimento de retorno duvidoso	<ul style="list-style-type: none"> - Pagamento a partido pela Schain, para operar Sonda da Petrobrás no exterior, embora sem experiência para tanto;² - Pagamento por acionistas da CIBE para viabilizar investimento do FI-FGTS na empresa, que estava em dificuldades financeiras e já sofria aplicação de multas da ANEEL, por atrasos em cronograma para conclusão de usinas e entrega de energia;¹¹
Pagamentos para viabilizar/manter contratos com a administração pública	<ul style="list-style-type: none"> - Pagamento a partidos, por diversas empresas de engenharia (incluindo Odebrecht, Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão, OAS e UTC) para não deixarem de ser incluídas nas próximas licitações da Transpetro;¹ - Pagamento de multinacionais (Alston e GE) a partido e agentes, em decorrência de aquisição de equipamentos, pela Petrobrás, para grandes refinarias;² - Pagamento, pela Samsung, a partido e agentes, para vender à Petrobras um navio que estava em sua programação de produção;² - Pagamento por UTC e Odebrecht, a partido e agentes, para participar das obras de modernização da refinaria de Pasadena;² - Pagamento da UTC a partidos para conseguir obras na BR Distribuidora;² - Pagamento de Samsung e Vantage Drilling a agentes para obter contratos com a Petrobras;⁷ - Pagamento a partido e agentes pelo estaleiro Keppel Fels, para viabilizar contratos com a Petrobras;⁸

	<ul style="list-style-type: none"> - Pagamento pela Andrade Gutierrez a partido, para que fossem retomadas as obras de Angra 3 e em decorrência das obras da Fiol e da Usina de Belo Monte;^{9 10} - Pagamento por grandes construtoras a Furnas Centrais Elétricas, para garantir boas relações com a estatal e, no caso da Odebrecht, pelo direito de formar parceria com a estatal na Usina de Santo Antônio;¹¹ - Pagamento pela Andrade Gutierrez para que obras de engenharia tivessem continuidade e, conforme fossem feitas mais medições, mais pagamentos fossem gerados;¹³
Pagamentos para gerenciar risco regulatório	- Pagamento pela Odebrecht para tentar mitigar o risco regulatório atrelado ao preço do etanol, tendo em vista a sua competitividade em comparação com a gasolina; ¹⁰¹
Pagamentos para gerenciar risco contratual	<ul style="list-style-type: none"> - Pagamentos pela Odebrecht para assegurar os pagamentos devidos no âmbito de contratos firmados;^{6 12} - Pagamentos por diversas empresas contratadas pela Petrobras a partidos políticos a fim de que pudessem ser convidadas a participar de novas licitações ou para que não enfrentassem dificuldades na execução dos contratos já firmados.^{14 102}
<p>¹ Excertos dos Termos de Colaboração 1 a 13 contendo depoimentos do ex- Diretor-Presidente da Transpetro, José Sérgio de Oliveira Machado. STF, Pet. 6138.</p> <p>² Excertos dos Termos de Colaboração 1 a 36, contendo depoimentos do ex-Diretor Internacional da Petrobras e ex-Diretor Financeiro da BR Distribuidora Nestor Cuñat Cerveró.</p> <p>³ Excertos dos Termos de Colaboração STF, Pet. 6122.</p> <p>⁴ Termo de Colaboração Premiada do depoente João Carlos Medeiros Ferraz e alegações finais apresentadas pelo depoente nos autos da Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR.</p> <p>⁵ Depoimento de Vitor Sarquis Hallack, presidente do Conselho de Administração da Camargo Correa S.A., nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000</p> <p>⁶ Áudio dos depoimentos prestados por Marcelo Bahia Odebrecht nos autos da Petição STF 6640 e depoimento por ele prestado nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000.</p> <p>⁷ Depoimento de Hamilton Pinheiro Padilha Junior nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000.</p> <p>⁸ Depoimento de ZWI Skornicki, nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000.</p> <p>⁹ Depoimento de Otávio Marques de Azevedo nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000.</p> <p>¹⁰ Depoimento de Rogério de Sá Nora nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000.</p> <p>¹¹ Excertos dos Termos de Colaboração Premiada 1 a 29, contendo depoimentos de Lúcio Bolonha Funaro. STF, Pet. 7210.</p> <p>¹² Depoimento de Benedicto Barbosa da Silva Junior nos autos da AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000.</p> <p>¹³ Depoimento de Elton Negrão de Azevedo Junior nos autos da AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000.</p> <p>¹⁴ Termo de Colaboração nº 01, datado de 29.08.2018, anexo ao Acordo de Colaboração Premiada firmado entre Paulo Roberto da Costa, Polícia Federal e Ministério Público Federal.</p>	

¹⁰¹ Marcelo Odebrecht tinha a expectativa de, por meio das contribuições que lhe assegurassem ser ouvido pelo alto escalão da política do país, conseguir tratar de assuntos como, por exemplo, a medida que suspendeu a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre a gasolina, o que fez com que o preço do etanol deixasse de ser competitivo em relação àquele combustível. A Odebrecht havia investido R\$ 10 bilhões no setor, acreditando que o incentivo a este combustível renovável seria uma política duradoura.

¹⁰² Paulo Roberto da Costa, ex-diretor da Petrobras, cita, em depoimento, que as empresas contratadas pela estatal para grandes projetos eram empresas com capacidade para executá-los e colaboravam com as doações para partidos políticos que lhes eram solicitadas porque sabiam que, caso contrário, não obstante sua qualificação técnica, poderiam deixar de ser convidadas a participar de novas licitações, ou enfrentar dificuldades na execução dos contratos, o que geraria dificuldades na realização de aditivos.

Como se pode ver, da miríade de condutas relatadas¹⁰³, poucas delas se encaixariam perfeitamente na acepção dos crimes de corrupção ativa e passiva previstos no CP, e todos os pagamentos feitos via doação eleitoral declarada estariam excluídos, pelo menos, da incidência do inc. I, art. 5º da LAC, de redação vaga e incompleta, como já tratamos no capítulo anterior. O mero pagamento em momento posterior à obtenção dos contratos já descaracterizaria a corrupção ativa do CP, na opinião de comentadores tradicionais, como Alberto Silva Franco e Rui Stocco,

O delito somente se caracteriza como corrupção ativa se a oferta ou o pagamento ao servidor ocorrer antes da prática do ato de ofício. Se essa oferta ou pagamento for posterior à prática do ato, representará apenas um presenteamento ou “dádiva”, por se constituir apenas em um posterioris que torna atípica a conduta.¹⁰⁴

Embora, como comento adiante, já há algum tempo doutrinadores aceitem que não é necessária uma relação de simetria entre um delito de corrupção ativa e outro de corrupção passiva que lhe seja correspondente, os delitos de corrupção conforme criminalmente definidos acabam por pressupor, ao menos em princípio, um ato de compra, ou um ato de venda de atos que podem ser praticados por agentes públicos ou equiparados, ou ao menos a intenção de realizar esta compra ou venda. É o chamado *quid pro quo* da relação de corrupção.¹⁰⁵ Mas o que as condutas acima citadas revelam aproxima-se mais de um esquema contínuo de captura do Estado do qual grandes construtoras não participam sozinhas. Elas entram com as doações e propinas, obtendo os grandes contratos com o Poder Público, seja na condição de fornecedora, seja na de beneficiária dos investimentos públicos em seus mercados de atuação e regulação favorável. Por outro lado, tornam-se dependentes

¹⁰³Observo, novamente, que muitas das condutas foram relatadas por réus presos, interessados em obter os benefícios das delações premiadas, o que poderia por em dúvida sua credibilidade. No entanto, é possível observar um padrão de comportamentos, o que nos leva a atribuir credibilidade aos relatos. Depoimentos veementemente contestados por outros réus ou investigados não foram considerados. Por fim, observo ainda que parte dos depoimentos não foi extraído de colaborações premiadas, mas dos depoimentos colhidos em sede de Ação de Investigação na Justiça Eleitoral, tanto por pessoas que não eram réus em processos, quanto por réus que já haviam obtido os benefícios de suas delações. Estes depoimentos, conduzidos com maestria pelo Min. Hermann Benjamin e seus juízes auxiliares, focavam não em apurar condutas específicas de eventuais réus, mas em entender a questão do financiamento ilegal como um todo. Por esta razão, considero que são as contribuições mais ricas dentre o material produzido pela Lava a Jato. Devo a Bruno Carazza a inspiração para consultar este material. (CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, eleições e poder**: as engrenagens do sistema político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018).

¹⁰⁴FRANCO, Alberto Silva; STOCOCO, Rui (Orgs.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1562.

¹⁰⁵Cf. LOWENSTEIN, Daniel Hays. When is a campaign contribution a bribe? In: HEFFERNAN, William C.; KLEINIG, John (Eds.). **Public and private corruption**. Maryland: Rowman and Littlefield, 2004. p. 125-172; UNDERKUFLER, Laura S. **Captured by evil**: the idea of corruption in law. New Haven-CT: Yale University Press, 2013. p. 161.

das doações para que possam gerenciar junto ao governo os riscos regulatórios e contratuais que enfrentam, muitas vezes pagando pelo atendimento de demandas originalmente legítimas de um empresário, algumas delas decorrentes de problemas aparentemente criados pelo próprio governo. Refiro-me a captura, neste caso, no sentido atribuído à palavra por Stigler, quando cunhou sua teoria da captura regulatória, como sendo a aquisição, por grupos de interesse privados, pelas vias (em princípio) lícitas de políticas regulatórias estatais que inicialmente deveriam buscar o interesse público. A nuance, neste caso, é que o produto em aquisição por grupos de interesse não são apenas políticas regulatórias, embora em alguns exemplos acima citados sejam atos regulamentares, mas, em sua maioria, políticas de investimento ou de concessão de recursos de forma ampla.¹⁰⁶

Com relação ao risco de não pagamento dos contratos pelo Poder Público, especificamente, Benedicto Júnior, ex-executivo da Odebrecht, aponta em depoimento que ele mesmo tinha “ojeriza” em trabalhar em projetos com o Governo Federal, em que os pagamentos dependeriam da execução do Orçamento Geral da União, classificado por ele como uma peça de ficção, malgrado o esforço da legislação do PAC para tornar os pagamentos de algumas obras uma transferência obrigatória.¹⁰⁷ Este risco intrínseco às contratações públicas era mais um fator que justificava as doações como compra de boas relações – elas funcionavam como um mitigador deste risco, ao garantir que o doador, tendo relação próxima com o alto escalão do governo, pudesse interceder aos agentes públicos para que os pagamentos devidos fossem honrados. Em alguns casos, felizmente, este expediente não seria necessário, pois não haveria interrupção do fluxo de pagamentos devidos e menos ainda qualquer pedido de doação para que estes fluxos fossem retomados. Os trechos a seguir, tratando do projeto do submarino nuclear, ilustram bem a situação. Com a palavra, o depoente:

¹⁰⁶Cf. STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Sciences**, New York, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Neste trabalho de grande influência, Stigler afirma, de forma bastante ousada, que a regulação seria, em geral, resultado da pressão de grupos de interesse dotados de recursos. O economista, no mesmo trabalho, também destaca o papel de agentes políticos que estariam dispostos a conduzir políticas que lhes garantia o apoio destes grupos, caso lhes fosse benéfico para sua manutenção no poder. Os esquemas de aquisição da regulação propostos por Stigler, no entanto, embora o autor não os detalhe muito bem, são lícitos. A captura ocorreria dentro das regras do jogo. Peltzman observa que as afirmações de Stigler no trabalho eram um tanto quanto ousadas e sem algumas devidas ressalvas. Entretanto, Stigler deu início a um modo de questionar a regulação com base no fato de que os reguladores agiam não apenas na busca do interesse público, mas também em interesse próprio (V. PELTZMAN, Sam. George Stigler on Regulation: lessons for today. **Oxford Business Law Blog**, 25 Oct. 2017. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/10/george-stigler-regulation-lessons-today>. Acesso em: mar. 2019.

¹⁰⁷Depoimento prestado nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 1943-58.2014.6.00.0000**. p. 14. [Depoimento de Benedicto Barbosa da Silva Junior]. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/04/Benedicto-Barbosa-da-Silva-Junior-depoimento-TSE.pdf>.

SR. BENEDICTO BARBOSA SILVA JÚNIOR: Como eu disse ao senhor, nós nos afastamos do Governo Federal para não viver da peça de ficção que era o Orçamento Geral da União – o OGU. O OGU representava a cada liberação de dinheiro alguém que tinha de fazer um pedido e nós fugíamos disso. Então, que eu me recorde, não [solicitei a Marcelo Odebrecht que intercedesse pela Construtora Odebrecht S.A. junto ao Governo Federal]. O que eu pedia a Marcelo e ele se envolvia bastante era o fluxo de pagamentos do submarino nuclear. Ele fazia da agenda que ele tinha com as pessoas que... Da importância do submarino nuclear não ficar... Porque chegava o final de ano havia uma retenção, eles só iam pagar em março, era um projeto que demandava cem milhões mês. Era a única agenda que me envolvia com ele.

(...)

JF BRUNO LORENCINI: Então, esse compromisso que o Marcelo [Odebrecht] te passou [de separar valores que iriam para contribuições de campanha]: “Olha, reserva esse caixa aqui, você vai receber... (ininteligível)...” foi, no final, em troca de nada?

SR. BENEDICTO BARBOSA SILVA JÚNIOR: Marcelo enxergava que era uma forma de não ser atrapalhado no dia a dia e ter uma agenda que permitisse a ele cobrar os pagamentos porque o submarino demandava um fluxo de caixa constante. Então, ele enxergava que era a forma de manter essa agenda fluindo. Era só isso, mas não teve nenhum benefício, não foi tratada. Marinha totalmente isenta neste assunto.¹⁰⁸

Além disso, em alguns casos, o fato de certas doações terem sido feitas de forma não declarada por algumas empresas se dava tão somente em razão de que a empresa doadora preferia não figurar na lista dos maiores doadores a uma ou outra campanha, para evitar exposição junto à opinião pública e a partidos de oposição. A ocultação do pagamento não visava, assim, a esconder um pagamento por um ato que seria espúrio, pois não tinha como objetivo pagar pela adjudicação de um contrato firmado com o governo, vez que muitos deles eram obtidos via processo licitatório e inclusive fora do equivocadamente demonizado regime simplificado de contratação da Petrobras.¹⁰⁹ Também não tinham por objetivo, em

¹⁰⁸Transcrição do depoimento de Benedicto Barbosa Silva Júnior nos autos da AIJE 1943-58.2014.6.00.0000, TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 1943-58.2014.6.00.0000.** [Depoimento de Benedicto Barbosa da Silva Junior], cit., p. 43 e p. 50. “JF” é a abreviação dada a “juiz federal”. Neste depoimento, o Juiz Federal Bruno Lorencini auxiliou o Ministro Herman Benjamin na instrução da ação.

¹⁰⁹O Regulamento Simplificado de Licitações da Petrobras, cuja constitucionalidade inclusive foi questionada com vigor pelo Tribunal de Contas da União, apareceu apontado mais de uma vez como uma das causas da corrupção na Petrobras. O apontamento não é procedente, tendo em vista que outras estatais que não adotaram regulamentos simplificados de licitação também foram envolvidas em esquemas corrupção apurados pela Lava a Jato, como é o caso da Eletronuclear e de Furnas. Além disso, no caso do cartel das grandes empreiteiras, o que permitia favorecer o clube de grandes doadoras era o sistema de convites reservados a essas empreiteiras. A falha aí, não estava no regulamento, mas na fiscalização que deixou de perceber porque sempre as mesmas construtoras eram convidadas a apresentar lances, talvez porque as obras estavam sendo regularmente entregues.

alguns casos, obter a prática de medidas ilícitas por agentes políticos, já que os pleitos apresentados pelas empresas poderiam ser atendidos por medidas legais.

De qualquer forma, todas as condutas acima expostas, assim como outras reveladas ao longo das investigações foram sendo enquadradas na mesma vala comum de práticas reiteradas de atos de corrupção à luz do CP e da LAC, perpetradas no âmbito de organizações criminosas,¹¹⁰ dando início às denúncias penais em âmbito criminal, às ações de improbidade administrativas intentadas no âmbito civil e aos processos de apuração de responsabilidade instaurados no âmbito da Controladoria Geral da União.¹¹¹

¹¹⁰Retratando esta questão, o jornal O Valor Econômico trouxe em sua versão impressa de 10 de março de 2017 editorial intitulado “Políticos temem punição pelo caixa 2 e, agora, pelo caixa 1”. O mote do editorial teria sido o acolhimento, pelo STF, da denúncia oferecida contra o Senador Valdir Raupp, identificado como beneficiário (em caráter pessoal) de uma doação eleitoral. Ainda que se crie uma jurisprudência de que o benefício pessoal de uma doação eleitoral configura corrupção passiva, fica pendente a questão por parte do doador. Em uma doação regular a partido, seria o doador responsável por certificar-se de que o valor foi utilizado em atividades partidárias, e não em proveito pessoal de seus filiados? A resposta mais coerente com a legalidade parece ser a negativa. Cf. POLÍTICOS temem punição pelo caixa 2 e, agora, pelo caixa 1. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 mar. 2017. Editorial.

¹¹¹Para se ter uma ideia de como, em alguns casos, estamos diante de uma figura atípica, distante do tipo penal clássico de corrupção, basta ver que, na denúncia apresentada pelo MPF nos autos da Ação Penal nº 5019.727-95.2016.4.04.7000/PR, João Santana e Mônica Moura, os publicitários donos da empresa de marketing político responsável pela organização das campanhas eleitorais do PT, são apontados como integrantes do núcleo político do esquema. João Santana e Mônica não ocupavam cargo político algum à época dos fatos denunciados. Eles eram verdadeiros craques do marketing político e, como tais, prestavam um serviço ao PT (produção de material de campanha eleitoral e consultoria estratégica em marketing político) a custo altíssimo, e receberam pagamentos por seus serviços de uma outra empresa que não era seu contratante oficial, e sim uma empresa que tinha interesse em uma série de decisões do governo (a Odebrecht), com recursos não declarados. Note-se que os pagamentos recebidos pelas empresas de João Santana e Mônica Moura não se referiam à compra de um ato de ofício determinado. Eles eram destinados, de forma indireta, a viabilizar os esforços de campanha de um grupo político em cujas decisões a empresa tinha interesse. Obviamente que o sistema penal não é indiferente a certos detalhes desta relação, como o pagamento com recursos não declarados, recebidos em paraíso fiscal (que pode configurar a prática dos crimes de sonegação fiscal (art 1º da Lei nº 8.137/90) e lavagem de dinheiro (Lei nº 12.683/2012). Podem também, a depender as circunstâncias, configurar crime de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral). Mas incluir o casal Santana no núcleo político do governo parece ser uma construção que não se sustenta juridicamente. Para tentar aproximar os publicitários ao máximo da posição de agente político, o Ministério Público menciona em sua denúncia uma passagem em que o Professor Mangabeira Unger, desesperado para conseguir uma audiência com a presidente Dilma Rousseff, na esperança de colaborar com opiniões pessoais para seu governo, escreve a João Santana, pedindo que interceda por ele. Esta seria a prova de como João Santana seria próximo ao governo e, com isso, integraria seu núcleo político. Na narrativa do Ministério Público, “Exatamente neste contexto de manutenção do Partido dos Trabalhadores no poder é que os denunciados MONICA MOURA e JOÃO SANTANA passaram a desempenhar papel fundamental, desde 2002 até 2015. Ao mesmo tempo em que tinham pleno conhecimento do esquema de corrupção implementado na PETROBRAS e que eram beneficiados economicamente por recursos provenientes dos ilícitos cometidos em desfavor da Estatal, MONICA MOURA e JOÃO SANTANA, fazendo uso de seus conhecimentos no âmbito publicitário, trabalhavam estrategicamente a imagem e a atuação da agremiação partidária, agindo como verdadeiros conselheiros do Partido dos Trabalhadores, tanto para que se mantivesse a alta projeção nacional do partido quanto para que as gestões de seus membros eleitos fossem exercidas de forma midiaticamente conveniente ao Partido dos Trabalhadores.” (Ação Penal nº 5019.727-95.2016.4.04.7000/PR, p. 13). Uma explicação plausível desta situação em termos simples, no entanto, poderia ser a seguinte: por questões relacionadas ao sistema político-eleitoral brasileiro, as campanhas para cargos eletivos são caríssimas e estes custos aumentam à medida que o ente federado objeto da disputa é

É preciso, no entanto, quando se olha para estas condutas com viés de estudo, tomar uma certa distância das narrativas, para determinar que elementos dessas condutas constituiriam um ato de corrupção. Ou seja, é necessário identificar em que medida tais condutas caracterizam um injusto penal e, de forma mais importante para os fins deste trabalho, um ato danoso à Administração Pública, neste último caso passível de responsabilização nos termos da LAC.

Para tanto, tomo emprestadas as reflexões mais recentes da doutrina penal. O exercício é importante porque, como vimos no Capítulo 2, a tipificação da corrupção empresarial na LAC - que tinha o claro objetivo de servir como diploma que tipificava o ilícito de corrupção cometido por pessoa jurídica, cominando-lhe pesadas sanções - se deu de forma bastante aberta ou até mesmo incompleta, tornando necessária a analogia com o tipo penal para delimitar o conteúdo da ilicitude. Como se verá, o próprio conceito criminal de corrupção tem sido alargado para englobar delitos que não se inscrevem com perfeição ao tipo (o que, em matéria sancionatória, não deveria ser admitido, menos ainda em âmbito criminal).

2.2. A corrupção em sentido criminal, a corrupção em sentido amplo e o círculo das rotulações

2.2.1. A corrupção em sentido criminal

Para fins do direito criminal, continua atual a conceituação de Nelson Hungria, de que

A corrupção (corruption, bribery, besteching, coecheo, corruzione), no seu tipo central, é a venalidade em torno da função pública, dominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do funcionário corrompido, e ativa quando se considera a atuação do corrutor. Modernamente, na disciplina jurídico-penal de tal crime, apresentam-se dois sistemas: ou se enfeixam a corrupção passiva e a ativa numa unidade complexa (crime bilateral ou de concurso necessário), condicionando-se o respectivo

maior. Para chegar aos cargos ocupados pelo PT nos últimos anos e neles se manter, o PT, assim como outros partidos, contrataram campanhas eleitorais caríssimas. João Santana era uma craque do marketing eleitoral e cobrava caro por estes serviços. Além disso, os custos da governabilidade e manutenção de bases políticas também são altos no Brasil. Assim, para cobrir todas essas despesas, o PT, assim como outros partidos no poder, recorreu aos vultosos valores doados às campanhas eleitorais. Como esses recursos não eram suficientes, recorreu também a valores doados extraoficialmente. Obviamente, como as empresas doadoras não fazem caridade, as doações eram retribuídas por meio de medidas que lhes favoreciam, muitas delas legítimas, ainda que não as mais consentâneas como as necessidades de toda a sociedade, ou eram de certa forma extorquidas por membros do governo, que cobravam por sua aprovação. Como as doações eram extraoficiais, era necessário um esquema para operacionalizar as transferências de dinheiro. Alguns desses esquemas envolviam solicitar às doadoras que pagassem despesas do partido, como ocorreu com os pagamentos às empresas de João Santana e Mônica Moura pela Odebrecht e outras empresas.

summatum opus à convergência ou acôrdo de vontades entre o *intraneus* (corrompido) e *extraneus* (corrutor); ou se incriminam separadamente as duas espécies, de tal modo que a consumação de qualquer delas não fica, irrestritamente, na dependência de consumação da outra (ou, seja, do *encontro* de vontades). Êste último critério é o que foi adotado pelo nosso Código, onde figura a corrupção passiva (art. 317) entre os "crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral", e a corrupção ativa (art. 333) entre os crimes praticados por particular contra a administração em geral.¹¹²

É importante notar que os distintos tipos trazem particularidades: enquanto o delito de corrupção ativa é definido como “[O]ferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar **ato de ofício**” (CP art. 333), o de corrupção passiva corresponde ao ato de “[S]olicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, **mas em razão dela**, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Com isso, o crime de corrupção passiva se torna de espectro mais amplo que o de corrupção ativa, pois “ato de ofício” é algo mais específico que “exercício da função”.

Embora o Código Penal já em 1940 diferenciasse os crimes de corrupção ativa e passiva e desde então a doutrina reconhecesse que o delito de corrupção ativa pudesse ser independente do delito de corrupção passiva e vice-versa (sendo possível, por exemplo, a consumação da forma tentada do delito de corrupção ativa, em caso de oferta de vantagem indevida a um funcionário público que a recusasse), a ideia de que um delito exigiria a correspondência do outro, ou ao menos a intenção de comprar ou vender um ato que o funcionário público pudesse vir a praticar, em decorrência de sua função, esteve presente na doutrina e jurisprudência. Segundo Quandt¹¹³:

Como já observado, a lei brasileira divide a corrupção em ativa e passiva, ainda que cominando a ambas a mesma pena. Em todo o resto, porém, o STF parece tratar as duas figuras delituosas como verso e reverso da mesma moeda; em especial, transporta para o crime de corrupção passiva, que não a prevê, a exigência legal contida no art. 333 do CP de que a vantagem indevida guarde relação com algum ato de ofício do funcionário público corrompido. Tal orientação, que aproxima os arts. 317 e 333 do CP ao exigir para os dois - e não apenas para o segundo, tal como sugere o texto legal - que a vantagem indevida prometida, solicitada etc. se relacione

¹¹²HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, cit., v. IX: Artigos 250 a 361, p. 365.

¹¹³QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do Mensalão (APn 470/MG do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./fev. 2014.

a algum ato de ofício do funcionário público, foi firmada no julgamento da APn 307/DF (caso Collor), reiteradamente mencionado no acórdão da APn 470/MG, e constitui um dos pontos mais obscuros deste último.¹¹⁴

É importante distinguir os elementos qualificadores do crime de corrupção, seja ativa ou passiva, porque, se, de um lado, nem todo crime de corrupção (sobretudo os grandes esquemas) se aperfeiçoa na relação bilateral clássica do cidadão que paga a um oficial de fiscalização de trânsito para que não lhe aplique uma multa, ou do agente fazendário que solicita dinheiro para não lavrar um auto de infração tributária, de outro, seria impossível qualificar como crime de corrupção a oferta de qualquer valor a funcionário público, o que acabaria por criminalizar, por exemplo, todas as doações eleitorais feitas a candidatos que já ocupassem mandato eletivo ou cargo público, ou mesmo a contratação de um juiz a preços acima do mercado para proferir uma palestra. Neste último caso, a contratação seria inadequada do ponto de vista ético-moral, mas não se pode dizer que constitua crime.

Há uma busca dos elementos transacionais do delito – aquilo que nos permite dizer que a função pública, ou, ainda, o exercício do Poder - estariam sendo mercadejados, retirando assim a legitimidade da atuação do Estado pelo funcionário corrompido. Trata-se da tentativa de identificar o *quid pro quo* nas relações entre corrupto e corruptor, que está presente também nos estudos que tratam da corrupção em âmbito mais amplo que o criminal, mas que é de extrema importância para este último, que, como sabido, é a *ultima ratio* em matéria de organização das relações sociais. Na verdade, saber quando estamos diante da

¹¹⁴Em acórdão posterior aos acima mencionados, o STJ vai além do reconhecimento da desnecessidade de simetria entre os delitos de corrupção ativa e passiva, entendendo não apenas que, para o delito de corrupção passiva, não se aplica o requisito da prática de ofício (o que até aí corresponde à letra da lei), como também que o ato praticado pelo autor do delito de corrupção passiva não esteja relacionado com suas atribuições. Ou seja, o entendimento despreza o elemento do tipo penal que determina que o agente tenha recebido vantagem em razão de sua função de funcionário público ou agente a ele equiparado. O caso em questão trazia a situação em que funcionários de uma concessionária de serviços aeroportuários (equiparados, portanto, a funcionários públicos pela legislação), que realizavam serviços gerais de carga e descarga de aeronaves (e, portanto, não tinham funções relacionadas ao controle migratório de passageiros) para facilitar a entrada de imigrantes no território nacional. O entendimento do tribunal foi de que, embora esses funcionários não tivessem como atribuições realizar o controle migratório no aeroporto, haviam praticado o crime de corrupção passiva, sendo irrelevante o fato de que realizar o controle migratório estivesse fora de suas funções. Na lapidar crítica de Alaor Leite, Adriano Teixeira e Luís Greco, "a decisão conduz a resultados inaceitáveis, que a reduzem *ad absurdum*: caso uma Ministra de uma Terceira Turma aceite dinheiro para que agrida fisicamente um colega da Primeira Turma, de modo a que este não profira seu voto, ter-se-ia, além do delito de lesões corporais, uma corrupção passiva. Da mesma forma, caso um funcionário dos correios de Santa Maria recebesse dinheiro para incendiar cartório em Maringá, teria ele cometido, além do delito de incêndio, uma corrupção passiva. Enfim, qualquer delito cometido mediante paga por um funcionário público configuraria, além do delito em questão, uma corrupção passiva." LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva: comentários ao REsp nº 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. *Jota*, 26 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018>. Acesso em: mar. 2019.

corrupção criminal e quando estamos diante de esquemas espúrios de captura mas não ilegais é o que permite utilizar respostas adequadas aos problemas. Esgarçar o conceito criminal de corrupção (e, por consequência, aquele contido da LAC) não é o remédio universal para o déficit de governança nas relações entre Estado e particulares. Por outro lado, reduzir a punição dos crimes de corrupção àqueles bagatelares, deixando impunes os esquemas de compra e venda continuada da conduta de agentes públicos, prestigiaria a impunidade, tornando difícil erradicar a corrupção.

Na esfera da corrupção política, torna-se ainda mais difícil determinar com exatidão a ocorrência de atos de corrupção em sentido criminal. Não é trivial determinar qual o feixe de atribuições dos detentores de certos mandatos, como é o caso do Presidente da República ou de membros do Senado Federal que exercem influência sobre outros detentores de cargo público para cuja nomeação contribuam. Por outro lado, algumas doações feitas como “compra de boas relações” podem não ter visado a prática de um ato de ofício, ainda que potencial. A chave para a compreensão desses delitos à luz da realidade atual passa a residir justamente nos elementos de cada tipo.

Assim é que vemos autores modernos concordarem que, quanto à corrupção ativa, se de um lado não se pode aceitar uma visão “quase contratual” da corrupção¹¹⁵, exigindo que somente possam ser enquadrados como ato de corrupção a entrega ou oferta de vantagem em devida em contrapartida à prática de um ato de ofício determinado quanto a seu tempo local e condições, de outro, não se admite a dispensa do ato de ofício, ainda que em potencial, para caracterização do ilícito. Aliás, perceba-se que, de qualquer forma, para permitir que o tipo tenha o mínimo de aplicação prática, “ato de ofício” sequer pode ser lido conforme a acepção estrita que o Direito Administrativo confere ao termo, ou seja, de um ato que cabe à administração praticar independentemente de provocação. Se assim fosse, não poderia ser enquadrado como ato de corrupção o oferecimento ou pagamento de vantagem para que um

¹¹⁵Este é o raciocínio de Gustavo de Oliveira Quandt, ao afirmar que “essa visão quase contratual da corrupção (ativa ou passiva, pouco importa) é de difícil aceitação na prática”, primeiro por negar a possibilidade de que a oferta ou solicitação de vantagem e, em segundo lugar, por “tornar os arts. 317 e 333 do CP inoperantes contra “os casos mais graves de simbiose entre o público e o privado”, limitando-lhes a eficácia e relegando-os sobretudo para a punição de banalidades cotidianas”, como o caso das propinas pagas a fiscais de trânsito. Por isso seria satisfatória a solução de Greco e Teixeira acima exposta (QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações, cit., p. 57.). Observo que, mesmo em casos graves de simbiose do setor público e privado, há inúmeros que não serão puníveis como corrupção, eis que terão sido orquestrados por meios lícitos de lobby e captura do Estado. Daí porque é passada a hora de se reconhecer que nem sempre a resposta criminal é a mais adequada, podendo inclusive tornar-se perigosa, como adiante discutido.

banco público fizesse um investimento em uma dada empresa privada em condições que lhe fossem extremamente favoráveis.

A solução dada ao problema por Luís Greco e Adriano Teixeira foi a seguinte:

Por outro lado, a corrupção com infração funcional [no caso do Direito Alemão, que faz uma espécie de distinção de classes de corrupção], bem como a corrupção ativa no CP brasileiro (...) pressupõem a promessa ou a realização de um ato de ofício do servidor. Não é necessário que o ato de ofício seja detalhadamente individualizado, de modo que se possa saber data, local e modo de execução. No entanto, é preciso que se saiba em que sentido ou que tipo de ato de ofício o funcionário deve realizar. Por exemplo, é suficiente que um funcionário do Detran assegure a particular que irá, de algum modo, cuidar para que suas multas sejam perdoadas ou desapareçam dos registros dos órgãos públicos, embora ainda não se saiba como e quando isso ocorrerá.¹¹⁶

Esta proposição, porém, encaixa-se melhor nos casos de corrupção do funcionário público, inclusive a do agente detentor de mandato político que comercializa o exercício de suas funções (corrupção com infração funcional), mas não soluciona alguns pontos relacionados especificamente à corrupção eleitoral.

No caso da doação eleitoral, deve-se considerar que (i) a doação muitas vezes não é feita a uma candidatura em particular, podendo dirigir-se a um partido político; (ii) no pleito eleitoral, haverá candidatos que já desempenham cargo ou função pública e funcionários que não o fazem, sendo necessário, assegurar iguais oportunidades de disputa eleitoral a todos eles; e (iii) se doação a qualquer candidato (detentor ou não de função ou cargo público) é lícita, eis que se trata de um ato permitido na legislação eleitoral (lembrando-se que, até o julgamento da ADI 4650, em 17 de setembro de 2015, a doação eleitoral por parte de empresas era um procedimento licitamente previsto na Lei nº 9.096/95), não se pode inferir que, por ter valor acima do permitido, a doação se torne, automaticamente, crime de corrupção, não obstante a doação “em excesso” possa configurar outros ilícitos como o crime de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do da Lei nº nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (“Código Eleitoral”)) e delitos relacionados à não declaração dos recursos às autoridades tributárias e sua eventual ocultação.

¹¹⁶GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017. p. 34-35.

A indagação a respeito de até que ponto uma doação eleitoral deixa de ser apenas isto para se tornar uma propina está presente em outras jurisdições, como é de se esperar. Nesse sentido, Daniel H. Lowenstein traz reflexões interessantes. O autor inicia “*When is a Campaign Contribution a Bribe?*”¹¹⁷ observando o aumento do interesse, pelos órgãos de persecução norte-americanos, por esquemas de corrupção envolvendo financiamento de campanhas (o texto foi publicado em 2014). Três fatores contribuíam para tanto: (a) a percepção, ampla como nunca antes naquele país, de que contribuições eleitorais corrompiam o sistema político norte-americano, sem que houvesse qualquer perspectiva de melhora do quadro por meio de reformas legislativas; (b) o fato de que, desde a época do escândalo Watergate, investigações e denúncias de corrupção política foram se intensificando e se tornaram parte do sistema político americano; (c) decisões de tribunais que passaram a interpretar as leis criminais de forma ampla, incentivando o oferecimento de ações penais no âmbito estadual e municipal.¹¹⁸ Esses fatores, segundo Lowenstein, levaram não apenas a uma maior atuação dos órgãos de persecução penal, como também a uma jurisprudência pouco homogênea. A explicação para esta jurisprudência cambiante seria a seguinte:

Interpretar leis anticorrupção de forma ampliativa e aplicá-las sem ressalvas às doações eleitorais criminalizaria condutas comuns, nas quais diversos atores do sistema político americano são quase que forçados a se envolver. Isentar doações eleitorais da aplicação das leis anticorrupção é inaceitável politicamente, porque isto pareceria legitimar uma conduta que a maioria dos americanos considera corrupta. Assim, a maioria dos tribunais e comentaristas buscam um meio termo. Mas é difícil encontrar uma justificativa convincente para identificar um pequeno número de doações como mais corruptas que a tiragem geral de doações feitas com algum interesse em especial. A busca por um meio termo geralmente circula em torno da expressão em latim *quid pro quo*. O desejo de tornar clara a linha entre a conduta criminosa e a inocente cria um impulso de exigir que a doação eleitoral seja dada explicitamente em troca de uma conduta favorável oficial para que seja um suborno. Mas o requisito da troca explícita pode ser dissimulado com tanta facilidade – de fato, é provável que a troca explícita não ocorra mesmo na ausência de esforços para dissimulá-la – que um impulso igualmente poderoso clama pelo enfraquecimento ou abandono do requisito da troca explícita. As linhas, a partir de então, tornam-se instáveis. (tradução nossa)¹¹⁹

¹¹⁷LOWENSTEIN, Daniel Hays. op. cit., p. 125-172.

¹¹⁸Id. Ibid., p. 128-129. Sou grata a Theodomiro Dias Neto pela indicação bibliográfica.

¹¹⁹Id. Ibid., p. 131. O original diz: “Interpreting anti-corruption laws broadly and applying them without reservation to campaign contributions would criminalize conduct that is commonplace and that many actors within the American political system are almost forced to engage in. Exemption of campaign contributions from anticorruption laws is not acceptable politically, because it would appear to legitimize conduct that most Americans regard as corrupt. Thus, most courts and commentators seek an in-between position. But it is difficult to find a persuasive justification for singling out a small number of contributions as more clearly corrupt than the general run of special-interest contributions. The search for an in-between position usually

Lowenstein observa que a redação das diversas leis sobre corrupção nos Estados Unidos podem variar significativamente (há tanto leis federais quanto estaduais tratando do tema), mas que, em geral, os crimes neles tipificados envolvem os seguintes elementos em comum (i) agente público; (ii) intenção de corromper (*corrupt intent*); (iii) vantagem (*anything of value*) paga ou oferecida ao agente público; (iv) relação entre a vantagem e algum ato oficial; (v) a relação deve envolver uma intenção de influenciar a prática do ato oficial (ou ser influenciado a praticá-lo).¹²⁰

Há diversas formas de se fazer chegar a um tribunal a questão sobre o que faz de uma doação eleitoral um suborno, seja via aplicação das leis federais ou estaduais tratando especificamente deste tema, ou, ainda, em ações discutindo a prática de crimes de suborno¹²¹ como crime antecedente, como ocorre em casos baseados na *Racketerring Influent and Corrupt Organizations Act* (RICO). Para refletir sobre como esta questão pode tomar diferentes caminhos conforme o Estado da federação americano em que será apreciada, não obstante os tipos que definem suborno tenham os mesmos elementos em comum, Lowenstein propõe cinco exemplos a serem analisados em diferentes contextos que variam em termos do quão explícito foi o acordo entre as partes (caso tenha havido) e do quão específico foi o apoio solicitado em troca (caso tenha sido). São eles:

- i) um grupo de pessoas ideologicamente afinado a uma causa identifica um candidato que a apoie e está disputando contra outro, que não apoia a mesma causa. O grupo faz uma doação de \$ 10.000,00 ao candidato com o qual se identifica e não entra em discussões com este candidato;

revolves around the Latin phrase *quid pro quo*. The desire to make the line between criminal and innocent conduct clear creates an exchange for favorable official conduct in order to be bribes. But the requirement of an explicit exchange is so easily avoided – indeed, the explicit exchange is not especially likely to occur even in the absence of efforts of avoidance – that an equally powerful impulse calls for weakening or abandonment of the explicit exchange requirement. The lines therefore become instable.”

¹²⁰LOWENSTEIN, Daniel Hays. op. cit., p. 132. A autor parte da própria definição do crime de suborno previsto na Legislação Federal. O Título do 18 U.S. Code compila a tipificação dos crimes previstos naquele código. Naquele título, o Capítulo 11 trata dos crimes de suborno, peculato e conflitos de interesse define, no §201, como incorrendo no crime de suborno aquele que “(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official ... or offers or promises any public official ... to give anything to any other person or entity, with intent – (A) to influence any official act”, ou que “(2) being a public official ... directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receive or accept anything of value personally or for other person or entity, in return for: (A) being influenced in the performance of any official act”.

¹²¹Assim como em português, a expressão *corruption* (corrupção) tem um sentido mais amplo que a sua acepção criminal. Assim, opto por traduzir as expressões “*bribe*” e “*bribery*” por suborno, deixando claro que me refiro ao delito criminal de corrupção, especificamente. Todas as vezes que os autores fizerem menção a “*corruption*”, traduzo como corrupção.

- ii) a empresa ABC, que possui um grande departamento de relações institucionais, em razão do seu grande interesse em decisões dos governos (como nas áreas de tributação e regulação) faz uma doação de \$ 10.000,00 ao candidato João¹²², embora não tenha discutido com ele qualquer interesse específico que este candidato possa apoiar, acreditando apenas que a doação aumenta as chances de que João apoie futuros projetos de interesse da empresa. O candidato aceita a doação acreditando que, no futuro, quando não lhe for muito custoso, poderá apoiar os interesses da ABC;
- iii) a empresa XYZ, que não possuía atividade significativa de lobby e doação eleitoral, vem buscando apoio para um grande projeto de obras públicas que, se aprovado, lhe renderia contratos dos quais pode depender sua solvência. A empresa faz uma doação \$ 10.000,00 a Maria, sem fazer qualquer alusão ao projeto, apenas esperando a doação aumentar as chances de que ele seja aprovado. Maria aceita a doação e, estando anteriormente inclinada a votar contra o projeto, considera aprová-lo, após debates e avaliar as reações de membros de seu distrito e outros grupos de interesse;
- iv) em situação semelhante ao exemplo (ii), a empresa ABC faz uma doação de \$ 10.000,00 a José, após ouvir deste candidato que não poderia apoiar os interesses da empresa em todas as ocasiões, mas que estava disposto a fazê-lo, observados seus outros compromissos e a situação de seu distrito;
- v) em situação semelhante ao exemplo (iii), a empresa XYZ faz uma doação de \$ 10.000,00 a Tereza, depois de ouvir da candidata que ela estava inclinada a votar contra o projeto, a menos que recebesse uma doação da empresa.

Segundo Lowenstein, seriam distintas as consequências para os diferentes casos acima citados, conforme o Estado americano considerado. O estado do Oregon, por exemplo, excetua as doações eleitorais regularmente declaradas do conceito de suborno, inclusive aquelas feitas explicitamente em troca de um ato. Nem mesmo o exemplo (iv) seria tomado como um caso de corrupção. No estado do Texas, por outro lado, as doações eleitorais são excetuadas da legislação de combate a suborno, exceto se houver um acordo explícito de pagamento de vantagem em troca de um ato oficial que não teria sido cometido se não fosse

¹²²Altere os nomes fictícios dos exemplos do texto de Lowenstein por nomes tipicamente brasileiros.

por tal arranjo. Neste caso, somente o exemplo (iv) seria um caso de corrupção. Regra semelhante à do Texas é indicada por Lowenstein como sendo praticada pelos tribunais em Illinois.¹²³ O autor cita ainda um caso julgado pelo tribunal da Geórgia¹²⁴, em que um empresário foi condenado por corrupção ao enviar um envelope contendo cheques assinados por ele e outros empresários a dois membros de uma espécie de conselho municipal¹²⁵. Os cheques continham a indicação “*para doações eleitorais*” e foram enviados após o encontro do empresário, que vinha sofrendo negativas de um pedido de alteração de gabarito de construção para que pudesse construir um hotel em uma de suas propriedades, com os representantes do conselho municipal. O empresário disse aos representantes que ele e outros membros que conhecia na Associação Turco-Americana estavam inclinados a contribuir com as campanhas eleitorais dos representantes, sem mencionar que tais contribuições seriam em troca de apoio no pleito de alteração de gabarito. Os conselheiros então informaram que não tinham intenção de se candidatar a um novo mandato e sequer tinham contas de campanha. Dias depois o envelope foi enviado, sem qualquer menção à aprovação da medida pleiteada pelo empresário. A condenação se deu sob a premissa de que o empresário havia tentado, pela oferta dos cheques, influenciar a prática um ato oficial específico. Neste raciocínio, os exemplos (iii) e (vi) seriam casos de suborno, mas não os demais.

Uma outra decisão do Estado de Virgínia do Oeste¹²⁶ concluiu que não se trata de suborno o caso de um funcionário de um banco que utiliza verbas da instituição para comprar presentes e oferecer outras cortesias a funcionários do governo que poderiam influir na decisão de direcionar depósitos do estado para o banco. A decisão diz que o “suborno ocorre apenas quando acoplado à intenção criminosa” e esta intenção não é configurada pela expectativa genérica de se obter um benefício no futuro, devendo haver um *quid pro quo* “mais ou menos específico” em jogo. Segundo o Tribunal, a prática usual de oferecer presentes a potenciais clientes não se torna corrupta simplesmente porque o receptor das vantagens é o Poder Público, quando a oferta não é condicionada à prática de um ato. Sob esta interpretação e num contexto em que doações eleitorais não são especificamente isentas da aplicação dos dispositivos que tipificam os crimes de corrupção ou suborno, apenas o

¹²³LOWENSTEIN, Daniel Hays. op. cit., p. 140.

¹²⁴Agan et. al. v. The State. 191 Ga. App. 92 (1987).

¹²⁵“*County commission*”, na referência do texto.

¹²⁶United States v. L Arthur. 544 F.2d 730. UNITED STATES COURT OF APPEALS, FOURTH CIRCUIT. **United States of America, Appellee, v. Keith L. Arthur, Appellant.** 544 F.2d 730. Disponível em: <https://openjurist.org/544/f2d/730/united-states-v-l-arthur>.

exemplo (iv), e, com menos chances, o exemplo (ii) seriam atos de corrupção. O autor cita outros exemplos que ilustram como a jurisprudência americana varia ao analisar o tema.

No âmbito da Suprema Corte Americana, os casos indicados por Lowenstein tratam de crimes contra a administração pública em sentido amplo, não se referindo especificamente ao de suborno. O mais paradigmático deles parece ser o caso McCormick, envolvendo a aplicação da *Hobbs Act*, que tipifica, entre outras figuras, algo semelhante ao crime de concussão no direito brasileiro¹²⁷. O caso se referia a um deputado estadual do Estado de Virgínia do Oeste que encabeçava a aprovação de leis que permitiram a estudantes estrangeiros de medicina clinicar sob licenças provisórias até que fossem aprovados nos exames que lhes garantiria licenças locais para o exercício da profissão. McCormick teria se dirigido à comunidade destes médicos dizendo que, após ter incorrido em gastos de campanha para se reeleger, não havia “ouvido nada” (*heard nothing*) daquela comunidade. Após esta “queixa”, um grupo de médicos da comunidade lhe enviou uma doação em dinheiro e, mais tarde, quando a legislação fora finalmente aprovada, recebeu novas doações do mesmo grupo. O caso foi levado a júri popular, que condenou McCormick por violar a *Hobbs Act*. A Suprema Corte, entretanto, reverteu a decisão, entendendo que, no caso específico de doações eleitorais, para que ficasse configurada uma extorsão por agente público (ou que aparentasse exercer função pública), era necessário haver uma promessa ou compromisso explícito de prática de um certo ato, em que fique claro que a conduta será não apenas influenciada mas controlada pelos termos da promessa ou compromisso. A justificativa da decisão reside, em parte, na preocupação em não super criminalizar condutas que são inescapáveis no sistema eleitoral norte-americano. A visão realista trazida pela decisão parece ter contribuído para a notoriedade do caso, que foi citado em decisões posteriores. Ela fica evidente no seguinte trecho:

Atender a eleitores e apoiar leis que beneficiem o distrito e indivíduos e grupos ali contidos é o trabalho diário de um legislador. Também é verdade que as campanhas devem ser realizadas e financiadas. O dinheiro é constantemente solicitado em nome de candidatos, que concorrem em plataformas e pedem apoio com base em suas visões e no que pretendem fazer ou têm feito. O que quer que considerações éticas e aparências possam indicar, considerar que legisladores cometam o crime federal de extorsão quando agem em benefício de seus eleitores o apoiam leis que

¹²⁷LOWENSTEIN, Daniel Hays. op. cit., p. 145. McCormick foi acusado de incorrer na conduta prevista na *Hobbs Act* como uma forma particular de extorsão, que consistiria em “obter propriedade de outrem, com seu consentimento, induzido pelo uso indevido da força ou ameaçada de fazê-lo, de violência, medo, ou sob a aparência crível de competência [ou “direito oficial”]. A redação original do texto dos anos quarenta, cuja tradução livre parece estar fadada à imperfeição diz “obtaining of property from another, with his consent, induced by wrongful use of actual or threatened force, violence, or fear, or under color of official right”.

atendam os interesses de alguns deles, um pouco antes ou depois que doações eleitorais são solicitadas ou recebidas destes beneficiários, é uma avaliação irrealista do que o Congresso poderia ter querido dizer ao tornar um crime obter propriedade de outrem, sob seu consentimento, sob a aparência de direito oficial [ou, numa tradução menos literal, de competência ou mesmo função pública]. Decidir em contrário deixa aberta a via da persecução [penal] não apenas condutas que de há muito se pensa estarem dentro da lei, como também condutas que, sob uma ótica realista, são inevitáveis, tendo em vista que campanhas eleitorais são financiadas por doações e gastos eleitorais privados, como vem ocorrendo desde o começo da Nação. Seria necessária uma redação legal mais explícita que a contida na Hobbs Act para se justificar uma conclusão em contrário.

Isso não significa dizer que é impossível que um agente público eleito cometa extorsão ao buscar financiamento para uma campanha eleitoral. Doações políticas são, é claro, vulneráveis, se induzidas pelo uso de força, violência ou medo [ameaça]. O recebimento de tais contribuições também é sujeito, nos termos da lei, a ter sido aceito sob a [mera] aparência de direito oficial, mas apenas se os pagamentos são feitos em troca de uma promessa ou compromisso explícito pelo agente público de executar ou deixar de executar um ato oficial. Em tais circunstâncias, o agente público afirma que sua conduta oficial será controlada pelos termos da oferta ou compromisso. Este é o recebimento de dinheiro por agente público sob a [mera] aparência de licitude no sentido da Hobbs Act. (tradução nossa)¹²⁸

Depois de visitar a jurisprudência americana e verificar com um delito tipificado de forma similar pelas diferentes legislações dos Estados e pela legislação federal daquele país pode ter interpretações distintas, Lowenstein chega a algumas conclusões bastante interessantes para se comparar ao caso brasileiro aqui discutido¹²⁹:

¹²⁸No original: "Serving constituents and supporting legislation that will benefit the district and individuals and groups therein is the everyday business of a legislator. It is also true that campaigns must be run and financed. Money is constantly being solicited on behalf of candidates, who run on platforms and who claim support on the basis of their views and what they intend to do or have done. Whatever ethical considerations and appearances may indicate, to hold that legislators commit the federal crime of extortion when they act for the benefit of constituents or support legislation furthering the interests of some of their constituents, shortly before or after campaign contributions are solicited and received from those beneficiaries, is an unrealistic assessment of what Congress could have meant by making it a crime to obtain property from another, with his consent, "under color of official right." To hold otherwise would open to prosecution not only conduct that has long been thought to be well within the law but also conduct that in a very real sense is unavoidable so long as election campaigns are financed by private contributions or expenditures, as they have been from the beginning of the Nation. It would require statutory language more explicit than the Hobbs Act contains to justify a contrary conclusion. [...] This is not to say that it is impossible for an elected official to commit extortion in the course of financing an election campaign. Political contributions are of course vulnerable if induced by the use of force, violence, or fear. The receipt of such contributions is also vulnerable under the Act as having been taken under color of official right, but only if the payments are made in return for an explicit promise or undertaking by the official to perform or not to perform an official act. In such situations the official asserts that his official conduct will be controlled by the terms of the promise or undertaking. This is the receipt of money by an elected official under color of official right within the meaning of the Hobbs Act." U.S. SUPREME COURT. **McCormick v. United States**, 500 U.S. 257 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/257/>.

¹²⁹LOWENSTEIN, Daniel Hays. op. cit., p. 157 et seq.

- i) a jurisprudência vacilante nos Estados Unidos, assim como as variações legislativas que [embora reúnam elementos comuns ao tipificar os delitos de suborno] diferem ao tratar das doações eleitorais (que podem ser totalmente excetuadas das doações eleitorais, como no Estado de Oregon e, por outro lado, foram tidas pelo tribunal da Georgia como suborno, mesmo na ausência de um *quid pro quo*, no caso *Agan*) não decorrem de uma coincidência. Elas são resultantes de tensões básicas envolvendo o tema;
- ii) ao se considerar que algumas doações são corruptas, seria necessário considerar que todas as doações feitas com base em uma estratégia legislativa e aceitas sob essa premissa seriam corruptas, o que não resolveria o problema em um sistema que pressupõe tais doações (inclusive em razão do tamanho das populações e dos recursos caros de mídia e comunicação demandados pelas campanhas). Neste contexto, “definir como suborno práticas nas quais políticos são praticamente forçados a se engajar rotineiramente [...] dá discricionariedade aos agentes de persecução para definir em concreto quais práticas serão punidas”¹³⁰, podendo levar ao abuso desta discricionariedade.
- iii) estes conflitos levaram a Suprema Corte Americana a tentar traçar uma linha clara no caso *McCormick*. A linha traçada parece não ser arbitrária, pois coincide com o código de conduta informal que em muitos casos existe entre legisladores e lobistas, segundo o qual é sabido que legisladores pressionam lobistas por contribuições e por sua vez sentem a pressão para atender aos doadores quando possível, sendo no entanto vedada a ligação explícita entre a doação e assuntos legislativos específicos;
- iv) não obstante, a linha traçada em *McCormick* não resolve todos os problemas, eis que, em alguns casos, mesmo havendo uma transação explícita, pode não haver corrupção, como nos casos em que a transação explícita visa garantir acesso de um doador a um legislador;
- v) uma maior judicialização dos casos de corrupção envolvendo doação eleitoral faz com que o judiciário passe a ser determinante na indicação dos padrões de conduta aceitáveis em campanhas políticas. Essa indicação de padrões de conduta aceitáveis, no entanto, não está sujeita à escolha política de representantes eleitos;

¹³⁰LOWENSTEIN, Daniel Hays. op. cit., p. 158.

- vi) deve-se refletir sobre a conveniência de se utilizar a persecução penal para fins de reforma do sistema eleitoral. Reformar o sistema via persecução criminal é uma resposta brusca (que ainda corre o risco da seletividade). Uma melhor alternativa seria uma reforma regulatória/legislativa do sistema, deixando a persecução penal para os casos em que estivesse presente um elemento de enriquecimento ilícito dos envolvidos;¹³¹
- vii) o aumento do controle criminal sobre doações de campanha poderia, presumidamente, reduzir doações potencialmente corruptas, mas, por outro lado, reduziria a competição eleitoral;¹³²
- viii) o controle criminal pode ser útil para punir e impedir as práticas mais flagrantes de corrupção eleitoral, sobretudo se utilizado como paradigma o requisito da transação explícita, mas não há garantia de que as formas mais flagrantes de corrupção eleitoral são as mais deletérias.

As reflexões do trabalho de Lowenstein são interessantes para o estudo proposto porque mostram como o tema, também no direito norte-americano desperta controvérsias e é permeado por nuances. Elas demonstram bem o perigo de exagero na criminalização das doações eleitorais, que podem servir a interesses partidários e ferir a própria competição eleitoral.

Tal como nos Estados Unidos, parece que a criminalização exacerbada de doações também ocorreu na Lava a Jato. No Brasil, o esgarçamento dos conceitos de corrupção, identificando diversos atos como crime ou como prática prevista na LAC, ativou uma cadeia de controle em espiral que causou graves danos a diversas empresas brasileiras (e à sociedade como um todo), cujos ganhos reais para o aprimoramento do sistema eleitoral e das relações entre Estado e particulares ainda são questionáveis.

¹³¹No original: “[C]ertainly, criminal law is a blunt instrument for this purpose. Regulatory reform to eliminate the very strong pressures that make legislative strategy a major part of the system would be preferable. Anti-corruption investigatios could then be reserved for those who act out of personal greed or for reasons other than the desire simply to remain in and carry out effectively their role in the system.” LOWENSTEIN, Daniel Hays. op. cit., p. 71.

¹³²No caso brasileiro, a decisão do Supremo Tribunal Federal proibindo as doações por pessoas jurídicas pode ter produzido um outro efeito – o menor envolvimento do eleitorado nas eleições, mantendo-se como os principais doadores os empresários donos de grandes corporações. Verificou-se uma diminuição da participação do eleitorado da campanha, se comparado aos demais anos desde que o TSE começou a divulgar os dados de financiamento de campanha (CARAZZA, Bruno. Decisão de proibir doação de empresas não eliminou influência da elite econômica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 17 set. 2018. Disponível em: <https://oespiritodasleis.blogfolha.uol.com.br/2018/09/17/decisao-de-proibir-doacao-de-empresas-nao-eliminou-influencia-da-elite-economica/?loggedpaywall>. Acesso em: mar. 2019). O efeito, no caso, pode ser sido alguma redução da competição eleitoral e ainda menos transparência nas doações eleitorais.

Adicionalmente, olhando para as questões trazidas por Lowenstein e para o histórico de criação da LAC descrito no Capítulo 1, não se pode deixar de notar com espanto para o fato de que, para criar a responsabilidade equivalente à criminal das pessoas jurídicas por delitos de corrupção, inclusive a eleitoral, importamos uma forma reduzida do conceito de corrupção previsto no FCPA. Mas na jurisdição de origem do FCPA, a corrupção interna e sobretudo a eleitoral é tratada por uma legislação diversa, compreendida em diplomas variados e sujeita a intenso debate nos tribunais. O país de onde importamos o FCPA não utiliza este estatuto para tratar da corrupção interna, menos ainda aquela que ocorre no seio da política, como queremos nós fazer de forma aparentemente simplista. Nem mesmo logramos importar com êxito o instituto da leniência, uma válvula de calibração importante para aquele sistema. É de esperar que daí saiam diversos desencontros bastante deletérios. Voltando ao caso das condutas enquadradas em um mesmo grande esquema de corrupção multifacetado que seria o descoberto pela Lava a Jato, encontramos pagamentos feitos a funcionários para deles comprar a prática de atos que estavam dentro de suas atribuições, como é o caso da propina paga a diretores e gerentes da Petrobras para firmar contratos com a empresa e/ou suas subsidiárias. O mesmo ocorre, em princípio, com pagamentos feitos a um diretor de banco estatal para que fosse liberado um financiamento a determinado projeto privado. Não se discute, nesses casos, que possa ter ocorrido atos de corrupção. Entretanto, os contornos do delito começam a perder clareza quando se olha, por exemplo, para as milionárias doações eleitorais, declaradas e não declaradas, feitas por empresas esperando não a prática de um ato ou outro, mas o acesso a membros do alto escalão do governo, a quem poderiam recorrer em caso de necessidade, ou na esperança de influenciar políticas estatais de investimento público. Verifica-se um exacerbamento da criminalização das doações, relacionado à ampliação do conceito jurídico de corrupção trazido pela LAC – e cuja aplicação deveria estar adstrita à esfera administrativa. Parece ser uma via de mão dupla: a LAC, criada em substituição à uma lei que responsabilizasse criminalmente as pessoas jurídicas, de imputação objetiva, passou a ter efeitos quase-criminais, enquanto que o crime de corrupção, que necessita da prova de culpabilidade e cujo campo de aplicação deveria ser estrito, alargou-se com a LAC.

Se doações sistemáticas de empresas ou de empresários de um certo setor levam os parlamentares que receberam tal apoio a dirigir a atuação do Estado para, por exemplo, consistentemente e por décadas, conceder benefícios fiscais exorbitantes a este setor, em detrimento de outras áreas para as quais faltam recursos, em que medida essas doações

seriam mais ou menos criminosas que aquelas feitas tanto de forma regular quanto de forma irregular, levando o Estado a financiar estádios de futebol e a implementar políticas de fomento à indústria naval? Há, ainda, no caso da doação como “compra de boas relações”, a questão da indeterminação ainda que potencial do ato de ofício. Segundo relatos de Marcelo Odebrecht, por exemplo, a doação era feita como um seguro, para que a empresa pudesse recorrer ao governo quando necessário. A qualquer governo, pois, eram feitas doações a todos os partidos que estivessem em disputa. Desta boa relação, não se esperava exatamente um contrato ou outro, mas a garantia de que fossem honrados os pagamentos devidos às empresas do grupo por serviços prestados, auxílio para a solução de problemas tributários, apoio a projetos de interesse do setor de construção pesada como um todo.

Mais uma vez, volto ao exemplo do casal Santana para identificar um certo exagero na conformação do esquema criminal de corrupção que a Lava a Jato pretende conformar ao dizer que João Santana e Mônica Moura, marqueteiros das campanhas eleitorais do PT, poderiam ser enquadrados como funcionários públicos e teriam cometido crime de corrupção passiva. Também parece exagerado que na Denúncia nº 5033771-51.2018.404.7000, oferecida pelo Ministério Público Federal contra Antônio Palocci e outros réus, o Ministério Público considere que Antônio Palocci tenha continuado a prática de crime de corrupção ativa mesmo não estando mais ocupando cargos ou funções no Governo Federal, dada a grande influência que exercia sobre o núcleo do governo e o Partido dos Trabalhadores.¹³³

¹³³Assim, diz a Denúncia nº 5033771-51.2018.404.7000 (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF. Procuradoria da República no Paraná. **Força-Tarefa Lava Jato**. [Denúncia apresentada pelo MPF nos autos da Ação Penal nº 5033771-51.2018.404.7000/PR]. p. 25-26. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/denuncia-mp>): “A saída formal de ANTONIO PALOCCI, neste contexto, ocorreu como forma de evitar desgaste à imagem do governo federal. Todavia, embora ANTONIO PALOCCI tenha deixado o cargo de Ministro da Casa Civil, a sua influência nas decisões econômicas da alta cúpula do Governo Federal e o seu papel de destaque na estrutura do Partido dos Trabalhadores permaneceram sendo notoriamente marcantes. Nesta condição, ANTONIO PALOCCI, ainda quando formalmente não ocupava cargo ou função pública, tinha amplo acesso e influência sobre as discussões e decisões adotadas pela cúpula do Governo Federal, tanto no que se refere aos demais Ministros de Estado quanto aos ocupantes dos cargos de presidência e diretoria de autarquias e empresas estatais, pessoas estas sobre as quais ANTONIO PALOCCI possuía forte ascendência e influência. Nesse sentido, a corroborar a influência exercida por ANTONIO PALOCCI mesmo no período em que estava formalmente fora da estrutura do Governo Federal, DELCÍDIO DO AMARAL, ex-líder do Governo Dilma no Senado Federal, ao prestar depoimento no âmbito de seu acordo de colaboração, asseverou que, efetivamente, ANTONIO PALOCCI manteve forte influência no Governo Federal, mesmo após ter deixado o cargo de Ministro da Casa Civil. Segundo revelado pelo ex-Senador, mesmo após ter deixado o cargo de Ministro da Casa Civil, ANTONIO PALOCCI recebia demandas dos empresários e as levava ao Ministros de Estado, passando a acompanhar o andamento em reuniões posteriores. Neste período, conforme ainda narrado por DELCÍDIO DO AMARAL, ANTONIO PALOCCI continuava sendo atualizado sobre os projetos de governo, sendo o principal interlocutor do ex-presidente LULA e mantendo contato também com a então Presidente DILMA.” Da descrição feita, transparece que o Ex-Ministro e deputado Antonio Palocci estava a atuar como um tesoureiro de campanha em caráter permanente, que procurava atender às demandas de um grande doador em troca de ver asseguradas

Qual ato de ofício pode praticar alguém que não ocupa cargo ou função pública? Por fim, na mesma denúncia, o esquema de negociação da medida provisória que ficou conhecida como “MP do Refis da Crise” poderia ser perfeitamente enquadrado como um esquema normal de negociação de benefício fiscal que tantos grupos empresariais fazem com o governo (aliás, a medida beneficiava, inclusive, a outros grupos que não o Grupo Odebrecht, todos eles formados por empresas de grande porte, importantes para o complexo industrial nacional).¹³⁴ O que tornaria aquela negociação ilegal? O fato de o Grupo Odebrecht ser um grande doador em campanhas? O fato de parte dos valores serem doados ilicitamente? As doações lícitas ou ilícitas foram convertidas em vantagem pessoal aos denunciados? Para a prática de quais atos?

Como se vê, embora tenha havido esquemas de corrupção no bojo do complexo de investigações e ações penais conhecidos como operação Lava a Jato, se é que é possível inferir a existência de um esquema maior ligando todos os delitos investigados, estaríamos falando, na verdade, de um esquema de captura do Estado pelo setor de construção pesada e suas ramificações em outras áreas da infraestrutura. Um setor empresarial que, como vimos nos capítulos anteriores, sempre esteve próximo dos governos e que, por meio de doações destinadas a lhes garantir a manutenção do acesso permanente aos governos e a políticas que lhes favorecessem, acabou por tornar este grupo privilegiado em relação a outros dentro da

as altíssimas doações (parte delas em excesso e de forma não declarada). Fica faltando, no entanto, a indicação dos atos de ofício que estariam sendo mercadejados nesta relação, sobretudo quando o denunciado em questão sequer poderia praticá-los (no máximo poderia incorrer no delito de tráfico de influência, tipificado pelo art. 332 do Código Penal) e da vantagem pessoal auferida pelo denunciado. Obviamente que o expediente descrito, na escala em que fora praticado, não pode ser benéfico à democracia. Mas é discutível que possa ser enquadrado dentro do conceito criminal estrito de corrupção.

¹³⁴A Medida Provisória nº 470/09 permitia que grandes grupos exportadores parcelassem os créditos de IPI que foram reconhecidos como devidos por essas empresas à União depois de o Superior Tribunal de Justiça julgar em definitivo as ações que discutiam certa forma de compensação do crédito prêmio do IPI. A discussão se arrastou por décadas pelos tribunais brasileiros, fazendo com que, ao final de seu julgamento, as empresas que discutiam a compensação passassem a ter débitos milionários com a União. A solução dada pelos devedores foi a negociação de uma forma de parcelamento para a quitação da dívida. O texto da medida provisória foi benéfico aos exportadores, pois permitia além do parcelamento, a remissão de até cem por cento da multa incidente sobre o valor devido. Por outro lado, os valores do crédito pagos à vista pelos devedores permitiram à União equilibrar suas contas, cumprindo com a meta do crédito primário. Não foi a primeira vez que o empresariado nacional obteve benesses junto ao Governo Federal. Para se poder afirmar que a medida provisória foi produto de corrupção, seria importante verificar o quanto foi pago por esta medida e quem obteve vantagem pessoal com isso (o Ministério Público entende que a propina foi disfarçada por doações lícitas e ilícitas). Novamente, parece mais consentânea à realidade a ideia de que esta medida provisória e tantas benesses que levam o governo a renunciar receitas que poderia obter junto aos mais ricos em detrimento da sociedade, ou que levam o governo a solucionar problemas que ele mesmo cria para aqueles que tem maior acesso aos decisores e não à população em geral, é melhor explicado como sendo uma captura do Estado por grupos de poder, ou por um déficit de governança, embora, em diversos casos, entremeado por atos pontuais de corrupção e outros delitos.

atividade estatal. Trata-se, aqui, de um déficit de governança, marcante principalmente no campo da atuação do Estado como investidor, que é o principal objeto de estudo desta tese.

Mais uma vez, não pretendo aqui defender que não tenha havido o cometimento de diversos ilícitos criminais, de corrupção, inclusive, em certos casos. Os valores devolvidos por executivos da Petrobras deixam evidente que funcionários ocupando posições no alto escalão da empresa enriqueceram de forma ilícita ocupando seus postos. O que pretendo demonstrar é que o conjunto do problema apresenta-se mais como um déficit de governança que um problema de delitos criminais e, que, portanto, resolvê-lo reclama respostas para além da responsabilização criminal (ou, no caso das empresas, a punição nos termos da LAC) e, principalmente, respostas que não necessariamente deveriam levar à destruição das empresas envolvidas, gerando externalidades negativas para toda a sociedade, ou, se quisermos, ao interesse público¹³⁵, que é o objeto de tutela da toda a atuação e, no caso em estudo, dos órgãos de controle e persecução.

Mas para se entender um pouco melhor as razões que fazem com que os casos de corrupção levem a uma reação focada na punição, mais que na reforma, passo agora a analisar questões atinentes à carga semântica deste intrincado termo.

2.2.2. A carga de sentido do termo corrupção

O Dicionário Houaiss traz diversas definições para corrupção, que vão desde as mais genéricas como “deterioração, decomposição física, orgânica de algo; putrefação” e “depravação de hábitos, costumes etc.; devassidão” até conceituações mais específicas como “ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, ger. com oferecimento de dinheiro; suborno” e “disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem, não cumprindo com suas funções, prejudicando o andamento do trabalho etc.; prevaricação” (esta definição é a que se pretende ser a jurídica no dicionário, embora imprecisa deste ponto de vista)¹³⁶.

O termo “corrupção” no sentido de “deterioração” é utilizado em outros tipos penais. Ele aparece, por exemplo, no tipo da corrupção de água potável, previsto no art. 271 do CP. Aparece também no delito de corrupção de menores, previsto no art. 218 do CP, ao lado do

¹³⁵Algumas dessas externalidades serão detalhadas ao longo desse trabalho, em especial no subitem 2.3.

¹³⁶HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss**. Versão eletrônica. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>. Acesso em: mar. 2019.

termo “lascívia”, tornando-o impregnado de carga moral¹³⁷. Em outros casos, como a corrupção de juízes e agentes públicos, o termo evoca os elementos do abuso de poder e da traição da confiança que foi depositada nestes agentes. Ao dizer que um sistema altamente permeável pelo lobby de grandes corporações é corrupto (ainda que o lobby se dê por meio de doações legais), a corrupção evoca não o sentido da compra de atos de ofício, mas de algo que, em seu todo, é injusto, por privilegiar o interesse de particulares em detrimento do interesse comum.

Em estudo minucioso dos sentidos e categorias da corrupção (como ilícito, como traição/abuso de poder e como desigualdade), Laura Underkufler¹³⁸ conclui que categorias estanques, que procuram dar uma definição unívoca para a corrupção acabam por não capturar tudo aquilo que se quer designar com o termo. Segundo a autora,

(...) a ideia comum de corrupção é, na verdade, muito mais profunda e complexa que as tradicionais teorias acadêmicas reconhecem. Em primeiro lugar, corrupção é uma noção explicitamente moral – ela descreve um mal poderoso, consumidor de tudo. Ademais, corrupção não é, em nosso entendimento comum, um ato ou série de atos em particular, descrito por certas características. Ao revés, ela é visualizada como uma força externa, à qual nós (como seres humanos) somos por natureza suscetíveis. Ela descreve, em resumo, a captura pelo mal da alma de alguém. (tradução nossa)¹³⁹

O problema, segundo a autora, é que, diante do mal, sentimos raiva, asco. Esta ideia de mal desperta nossos sentimentos retributivos (que eu chamaria, na verdade, de vingativos), sob a convicção de que estão justificados, sejam eles sábios ou não. Deixamos então de encarar a corrupção em termos intelectualmente serenos ou desapaixonados. Segundo a autora, advogados, juízes, acadêmicos ou comentaristas populares, quando evocam a corrupção com o sentido de “depravação”, “mal” ou “perversão”, buscam despertar nossas emoções para a condenação do acusado, sem se importar se essas emoções são justificáveis.

Para Underkufler, torna-se problemático, no entanto, o uso destes sentimentos com forte carga moral e emocional no ramo do direito, sobretudo na seara criminal (que poderíamos extrapolar para a seara punitiva como um todo, principalmente quando diante

¹³⁷Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

¹³⁸UNDERKUFLER, Laura S. op. cit.

¹³⁹Id. Ibid., p. 54. Destaque conforme o original, que diz “...the common idea of corruption is, in fact, far deeper and more complex than traditional academic theories acknowledge. First, corruption is an explicitly moral notion – it describes a powerful, all consuming evil. Furthermore, corruption is not, in our common understanding, simply and act or series of acts with particular, prescribed characteristics. Rather, it is envisioned as an external force, to which we (as human beings) are innately susceptible. It describes, in short, the capture by vil of one’s soul.”

de textos ditos de âmbito civil ou administrativo que trazem sanções penais ou quase penais). Quando somos levados a pensar em corrupção como “depravação”, “perversão”, “pecado”, “somos convidados a satisfazer nosso asco, a expressar nosso aviltamento, a sentir nossa raiva e desejo de retribuição contra o acusado”. Quando se descreve a corrupção como um câncer, a raiva e repulsa que então sentimos “é implicitamente (...) transferida para o tratamento legal dos atos e pessoas corruptas.”¹⁴⁰

Se por um lado o senso de reprovação faz parte da formulação das regras e os sistemas jurídicos não deixam de ter sua base em códigos morais, não é desejável que o juiz – de quem se espera a imparcialidade e a capacidade de agir conforme a lei e a razão - julgue com as emoções, esquecendo-se das “lições de excesso emocional e histeria popular em processos criminais e punições que marcam cada época da história da humanidade”.¹⁴¹

É interessante o argumento da autora no sentido de que, ao julgar com as emoções e criar um perfil do corrupto como um “monstro”, alguém “mau”, acaba-se por retirar o foco das condutas que seriam julgadas, transferindo-o para a pessoa do acusado – um retorno ao primitivo direito penal das pessoas, e não dos atos, e uma inversão da presunção de inocência. Uma das armadilhas deste mecanismo é que ele pode levar à condenação de uma pessoa mais por sua condição em um certo contexto social que por suas ações concretas, levando-se, por outro lado, a fazer com que uma pessoa que tenha praticado atos de corrupção, mas se encaixe no perfil daquilo que uma sociedade qualifique como um “homem de bem” (marido fiel, bom pai, nascido em uma certa classe, patrão cordial) seja tratada de forma condescendente. Em uma dimensão mais ampla, ao caracterizar o corrupto como um pervertido, capturado pelo mal, consideramos que este ser que nos trai se distancia da sociedade, deixando de reconhecer qualquer papel que o contexto social e econômico tenha tido para determinar seus atos, diminuindo as chances de fazermos uma autoanálise como sociedade e propor reformas estruturais que evitem a corrupção no futuro.¹⁴²

¹⁴⁰UNDERKUFLER, Laura S. op. cit., p. 107 et seq.

¹⁴¹Id. Ibid., p. 112.

¹⁴²Underkufler cita os casos de políticos negros acusados de corrupção no sul dos Estados Unidos da América. John Adams Hayman, um dos primeiros homens negros eleitos para o Congresso Americano pelo Estado da Carolina do Norte, em 1974, era alvo contínuo de acusações feitas pelo jornal Georgia Weekly Telegraph de que o congressista teria intenções de se apropriar do patrimônio do povo no exercício de suas funções e que era forte candidato à penitenciária do Estado. Robert Smalls, um congressista negro da Carolina do Sul foi condenado por corrupção, com base em um testemunho de que ele havia recebido um cheque de US\$ 5.000,00, para compra de um voto seu. A testemunha se baseou em anotações que, segundo ela, estariam codificadas, podendo somente ser interpretadas por ela mesma. O congressista foi absolvido em sede de apelação, não em razão da fragilidade das acusações, mas de um acordo político que envolveu a absolvição de outros congressistas acusados de fraude eleitoral. Id. Ibid., p. 112.

Assim, Underkufler reconhece que o conteúdo emocional da corrupção é importante para formar o código moral que sustenta um dado ordenamento jurídico, no qual deve ser expresso o quanto a corrupção é eticamente condenável, devendo esta abordagem orientar todas as medidas profiláticas que se pode tomar para evita-la, mas deixa claro que o conceito de corrupção como captura pelo mal deve ficar de fora da aplicação do direito criminal, pelos perigos que em si traz. Discordo da autora com relação à qualquer contribuição que um conteúdo moral exacerbado da corrupção possa dar ao tratamento jurídico do tema, ainda que limitado ao campo preventivo, mas enxergo grande valor em seu trabalho ao identificar a forte carga moral e embutida imbuída no termo corrupção e do uso pernicioso que se pode fazer dela.¹⁴³ Corrupção é algo mais amplo que o sentido criminal do termo, que frequentemente requer (ou deveria requerer) a prova de uma potencial transação, de um ato que alguém que detenha poder deva praticar em troca de uma vantagem. No entanto, o termo porta uma tamanha carga de condenação que¹⁴⁴, mesmo ao se referir a algo mais amplo (como um sistema deteriorado pela influência do poder econômico, por exemplo), acaba atraindo para si respostas drásticas, não raramente de âmbito criminal.

David Witwer nos dá um exemplo de como o rótulo da corrupção serve bem ao propósito de criminalizar uma prática não necessariamente corrupta, ao narrar de que forma um dos mais importantes grupos de sindicatos dos Estados Unidos ao longo do século XX, os *Teamsters Unions*, que representavam a classe de caminhoneiros, teve seus dirigentes acusados de corrupção por diversas vezes. Já em 1930, os *Teamsters* eram acusados de adquirir imenso poder de forma ilegítima (sem participar de um processo eleitoral que lhes legitimasse poder) e de utilizá-lo de forma abusiva ao organizar greves e boicotes, que seriam

¹⁴³Creio que minha posição se assemelha a Fernando G. Neisser, em sua tese de doutorado, a quem sou grata pela indicação da obra estudada. V. NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa**: um debate pela perspectiva penal. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

¹⁴⁴Um exemplo desta carga de condenação moral pode ser verificado no prefácio escrito por Luís Roberto Barroso à obra **Corrupção: lava a jato e mãos limpas**. O subtítulo de um dos capítulos do prefácio é “A corrupção é crime violento, praticado por gente perigosa”. Ao desenvolver a ideia, Barroso diz: “É um equívoco supor que a corrupção não seja um crime violento. Corrupção mata. Mata na fila do Sistema Único de Saúde, na falta de leitos, na escassez de medicamentos. Mata nas estradas sem manutenção adequada. A corrupção destrói vidas que não são educadas adequadamente, em razão de ausência e de deficiências de estruturas e equipamentos.” É verdade que a corrupção, em grandes proporções, pode contribuir para todas essas mazelas. Mas isso será produto também de todos os outros esquemas que levam à captura, por vezes até de forma lícita, do orçamento público por grupos de interesses, que não obstante não são tachados como atos de violência. Nessa mesma linha e tendo com base as observações de Underkufler, classificar quem prática atos de corrupção como “gente perigosa”, pode servir mais ao propósito de despossuir eventuais acusados de direitos e garantias processuais que permitir um diagnóstico sobre as causas estruturais deste problema. BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Porfolio-Prenhuim, 2019. p. 16.

formas de extorsão praticadas contra seus empregadores. O objetivo desta narrativa era fazer com que os líderes sindicais parecessem corruptos aos olhos dos tribunais e da população em geral, para impedir que as organizações trabalhistas continuassem obtendo a força que vinham adquirindo na época.¹⁴⁵

A utilidade do pesado rótulo da corrupção é o que tem levado alguns governos a utilizar esforços anticorrupção mais para ganhos políticos do que para a reforma do sistema como um todo. Trata-se daquilo que Mungiu-Pippidi chama de “populismo anticorrupção”, ao estudar o caso da Romênia, traçando um paralelo entre o que ocorreu no país nos últimos tempos e o que sucedeu na Itália a partir da operação *Mani Pulitti*¹⁴⁶.

Com a desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a Romênia passou por um processo de privatização dominado por agentes locais, criando-se uma oligarquia econômica fortemente concentrada, com seus empresários conectados à polícia secreta (*Securitate*) e à burocracia da era comunista. Segundo Mungiu-Pippidi, a concentração de renda aliada a conexões políticas teve como consequências o aumento das desigualdades, com pequenos empresários presos a um sistema em que acessos a oportunidades econômicas eram sujeitos a conexões e suborno.¹⁴⁷ Foi neste contexto que a União Europeia impôs à Romênia, como condição para que o país avançasse no processo de entrada no bloco, a adoção de uma estratégia de combate à corrupção, inclusive com criação de uma agência anticorrupção. Também foi neste contexto que se deu a criação, na Romênia, da Coalização para um Parlamento Limpo (“CPL”), um movimento destinado a derrotar a candidatura do partido de situação sob a égide do qual teve início o *crony capitalism* romeno então reinante. A criação da CPL colocou o combate à corrupção no centro da opinião pública do país, levando o candidato de oposição Traian Basescu a vencer as eleições e formar maioria no parlamento. Basescu indicou uma das líderes da campanha anticorrupção para Ministra da Justiça, que por sua vez indicou dois jovens promotores aos cargos de procurador-geral e procurador chefe do Diretório Nacional Anticorrupção (DNA), criado em 2002. A legislação anticorrupção foi reforçada e, sob este arcabouço, o DNA iniciou processos contra agentes públicos do primeiro escalão, cuja taxa de condenação dois anos depois chegava a noventa por cento e incluía, portanto, membros da própria base do governo.

¹⁴⁵WITWER, David. The different meanings of corruption in the context of the teamsters union. **Journal of Labor Research**, v. XXI, n. 2, p. 287-304, 2000.

¹⁴⁶MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Romania’s italian-style anticorruption populism. **Journal of Democracy**, v. 29, n. 3, p. 104-116, July 2018.

¹⁴⁷Id. Ibid., p. 107.

Na opinião de Mungiu-Pippidi, três fatores ainda pouco analisados explicam o que pode ter dado errado neste caminho: (i) a distinção entre o grupo dos políticos corruptos e dos não corruptos desapareceu – o partido de oposição, mais alinhado à direita, assim que aceitou a cargos políticos, passou a explorar as mesmas oportunidades de ganho pessoal que estavam em mãos do partido pós comunista derrotado, mais alinhado à esquerda. Com isso, embora as atividades de combate à corrupção tenham crescido, a população desenvolveu a crença de que todos os políticos acabam por se corromper, enquanto a base do governo de oposição começava a ruir, o que foi agravado pelas políticas de austeridade fiscal; (ii) num clima de polarização política, torna-se difícil para o órgão anticorrupção manter-se imparcial. Em meio a disputas entre os grupos que eram a favor da política anticorrupção, implementada pelo novo governo e o derrotado partido pós-comunista, o DNA tendia a proteger o grupo de Basescu, demorando a indiciar membros do novo governo que se envolveram em casos de corrupção. Com isso, o próprio combate à corrupção tornou-se politizado, inclusive aos olhos da população; (iii) ao declarar a corrupção uma ameaça à segurança nacional, de modo a aumentar as possibilidades de investigação dos casos de corrupção e tornar mais efetivo o seu combate, Basescu acabou criando um Estado policialesco, fazendo com que o serviço secreto trabalhasse em conjunto com o DNA. O número de mandados judiciais permitindo escutas telefônicas emitidos a cada ano na Romênia tomou proporções insanas (em 2015, num país de menos de 20 milhões de habitantes, o número de mandados permitindo escutas telefônicas foi 6 vezes superior ao número de mandados do mesmo tipo expedidos pelo *Federal Bureau of Investigations* do Estados Unidos). Entre 2010 e 2015, a Suprema Corte romena deferiu 400.000 pedidos de escuta telefônica, todos eles relativos a executivos do alto escalão do governo, o que significa, basicamente, que todos os políticos importantes estavam sendo grampeados. Com tanta vigilância nas mãos do serviço secreto, passou a caber a este órgão decidir quem seria processado, quem seria chantageado e quem seria poupado. O serviço secreto romeno, órgão sob menor controle que outros poderes, passou a deter o poder de um estado paralelo ao do Estado Romeno. Tendo o menor investimento per capita da União Europeia em saúde e educação, a Romênia tem o maior gasto per capita em serviços secretos, o que já demonstra, na opinião da autora, que algo esteja errado no país.¹⁴⁸

Embora a luta anticorrupção tenha servido ao propósito de retirar do poder a oligarquia então governante e produzido alguns outros efeitos positivos, como a diminuição

¹⁴⁸MUNGIU-PIPPIDI, Alina. op. cit., p. 112.

do favoritismo de certas empresas na disputa por contratos com o poder público, não foram feitas reformas estruturais. A corrupção não passou a ser exceção, pois agentes igualmente corruptos substituíram aqueles retirados de seus cargos em virtude de condenações. O Poder Judiciário ainda não funciona a contento e uma parte da população parece desencantada com a política, influenciada pela crença de que são os órgãos de controle que decidem quem vence as eleições.

As reflexões trazidas neste capítulo sobre a força do termo corrupção e das reações que esta força justifica são importantes para o estudo em questão porque acredito que a carga emocional atribuída à corrupção acabou por acender uma espiral incendiária entre os órgãos de controle e punição brasileiros, com efeitos sociais devastadores. O que parece ter ocorrido foi a cristalização da abordagem da corrupção como um mal a ser destruído para dentro do âmbito criminal e administrativo, tratando como corrupção em sentido criminal todo um sistema estruturalmente forjado pela influência do poder econômico. É o que passo a analisar a seguir.

2.3. Combate à corrupção por um sistema multiagências descoordenado no capitalismo de estado – a tempestade perfeita no setor de infraestrutura

Se no novo ativismo estatal sem estatismo uma parte da economia estava fortemente alavancada em investimentos públicos – justamente os recursos oriundos do poder de compra de estatais, sobretudo a Petrobras, e de crédito fornecido por bancos públicos -, a deflagração da operação Lava a Jato puxou o gatilho de uma tempestade institucional perfeita no setor de infraestrutura.

Divulgadas as primeiras denúncias, a Petrobras e outros entes públicos, a título de cautela, mas sem base em qualquer obrigação ou respaldo legal, paralisaram os projetos contratados com as empreiteiras envolvidas, fazendo cair drasticamente as suas receitas. Partes de obras já entregues sequer foram quitadas, o que ajudou a deteriorar o caixa destas empresas. Cessou também o crédito via bancos públicos, que não mais queriam fazer os desembolsos já contratados, temendo que as empresas poderiam enfrentar sanções pecuniárias bilionárias no futuro, ficando sem capacidade de repagar estes empréstimos, o que poderia expor os executivos destes bancos à futura responsabilização, embora sem base legal expressa para tanto. Por fim, a busca pela conclusão dos acordos de leniência se mostrou um processo tortuoso, tendo em vista que os diversos órgãos de controle

reclamaram sua competência para conduzir a aplicação de sanções ou validar a sanção aplicada, impedindo que os acordos fossem concluídos.

Como mencionamos no capítulo anterior, só no plano federal, MPF, CGU, TCU e AGU disputavam a competência para firmar acordo de leniência com as empresas, sinalizando que não abririam mão de suas competências. Obviamente, nesta corrida, o MPF saiu na frente, tendo em vista que o órgão é o titular da ação penal contra as pessoas físicas por prática de crime de corrupção, o que faz com que nenhum leniente esteja disposto a firmar o acordo sem a participação do órgão e depois ficar exposto (ou ter seus dirigentes e acionistas expostos) ao risco de ser denunciado criminalmente.

Ainda em 2015, o *website* da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP retransmitia a notícia veiculada por um sindicato patronal a ela vinculado sob o título “Impacto da Lava Jato no PIB pode passar dos R\$ 140 bilhões, diz estudo”.¹⁴⁹ O estudo referido seria um material reservado elaborado pela consultoria econômica GO Associados que, estimando os cortes de investimentos da Petrobras e das empresas líderes do setor de infraestrutura associados à Lava a Jato, concluía pela possibilidade de que estes efeitos causassem uma retração de 1,5% do PIB nacional. A retração econômica, ao final, foi maior - PIB 3,8% e 3,6% menor nos anos de 2015 e 2016¹⁵⁰. Ademais, diversas obras de infraestrutura paralisaram por falta de recursos financeiros. Outras consequências da Operação foram os processos de falência e recuperação judicial de diversas empresas¹⁵¹, o aumento das taxas de desemprego em 2015 e 2016 (período pós Lava a Jato)¹⁵² e o aumento de empresas estrangeiras no mercado brasileiro de infraestrutura, com destaque às empresas chinesas.¹⁵³

¹⁴⁹IMPACTO da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo. **SINIEM**, São Paulo, 18 ago. 2015. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/siniem/noticias/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo/>. Acesso em: mar. 2019.

¹⁵⁰CURY, Anay; SILVEIRA, Daniel. PIB recua 3,6% em 2016, e Brasil tem pior recessão da história. **O Globo**, Rio de Janeiro, 7 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-brasileiro-recua-36-em-2016-e-tem-pior-recessao-da-historia.ghtml>. Acesso em: mar. 2019.

¹⁵¹No âmbito das empreiteiras, apenas à título de exemplo, 253 empresas solicitaram recuperação judicial em 2015, número 24% maior com relação à 2014. (PEREIRA, Renée. Crise leva 253 empreiteiras à recuperação judicial. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 27 set. 2015. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,crise-leva-253--empreiteiras-a--recuperacao-judicial,1769662>. Acesso em: mar. 2019.

¹⁵²COSTA, Daiane. Desemprego atinge recorde de 11,5% em 2016. **O Globo**, Rio de Janeiro, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/desemprego-atinge-recorde-de-115-em-2016-20847890>. Acesso em: mar. 2019.

¹⁵³BORGES, Rafael. Crise das empreiteiras brasileiras abre espaço para invasão chinesa. **El País**, São Paulo, 05 jan. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/20/politica/1419101033_184779.html. Acesso em: mar. 2019.

Em novembro de 2016,¹⁵⁴ Paulo Leme, então presidente do banco Goldman Sachs no Brasil, explicava em entrevista ao Jornal O Estado de São Paulo que, sendo as empreiteiras brasileiras responsáveis por metade da formação bruta de capital fixo no Brasil nos últimos 50 anos, era evidente que seria necessário habilitá-las a voltar a atuar na economia para permitir a retomada do crescimento econômico no Brasil. Nas palavras do executivo:

Você precisa atuar em três grandes áreas. Primeiro, evitar a deterioração do que já está ruim. Estou falando do complexo de óleo e gás, do setor de energia, da parte que está envolvida na Lava Jato. Isso é muito importante. Quando a gente olha, na economia brasileira, 50 anos de formação bruta de capital fixo (indicador que mede a capacidade produtiva), vê que metade vem de empreiteiras, vem do setor da construção. É preciso uma coordenação entre a área econômica e a jurídica do governo para resolver os problemas dessas empresas.

[Pergunta dos jornalistas: O sr. Pode explicar melhor isso:]

Precisamos de uma espécie de “fast track” (em inglês, uma via rápida) para penalizar legal ou financeiramente quem for considerado culpado de irregularidades, mas dentro de um processo mais rápido. Isso é importante para que as empresas não continuem quebrando, para que o cenário não continue se deteriorando, para que as sobreviventes possam ter condições de investir. A segunda parte é ter uma coordenação entre equipe econômica e Banco Central para acelerar a desalavancagem das empresas. (...)

[Pergunta dos jornalistas: O governo entrar nisso não seria politicamente complicado? Até porque as empresas mais endividadas são justamente as envolvidas na Lava Jato.]

O problema não é de todos, mas não é particular de ninguém, portanto precisa de algum tipo de indução. E concordo que precisa ter critério. As empresas teriam que passar por um crivo, um *compliance* jurídico (conjunto de normas para evitar desvios).

Em 10 de março de 2017, o jornal O Valor Econômico segue noticiando o gargalo jurídico institucional que impedia a Odebrecht de concluir a assinatura de seu acordo de leniência com a CGU e, com isso, além de retomar negócios com a Petrobras, voltar a obter crédito junto a bancos públicos. A matéria explicava que, embora as empresas envolvidas na operação não estivessem impedidas de fazer negócios com a União, os agentes públicos não

¹⁵⁴SALOMÃO, Alexa; CALAIS, Alexandre. ‘Ajuste tem que ser maior e mais rápido’: para economista, sem resolver a questão da dívida das empresas, recuperação da economia será bem mais lenta que a imaginada [Entrevista com Paulo Leme, presidente da Goldman Sachs no Brasil]. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 20 nov. 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ajuste-tem-de-ser-maior-e-mais-rapido,10000089452>. Acesso em: ago. 2018.

fariam tais negócios, temendo serem responsabilizados caso as empresas fossem mais tarde declaradas inidôneas por órgãos de controle como a CGU.¹⁵⁵

Mas o argumento do custo social da paralisação do setor de infraestrutura não pareceu ter muita influência sobre alguns dos atores encarregados da apuração e punição dos ilícitos detectados na Lava a Jato. A notícia acima relatada veio acompanhada, na mesma página do jornal Valor Econômico, por entrevista dada pelo Sub-Procurador da República Marcelo Moscoliati, sendo que a foto do promotor aparecia ao lado da seguinte manchete “Leniência não existe para destravar crédito”, diz PGR.¹⁵⁶ Para o Procurador, o acordo de leniência serviria unicamente para “desmantelar crime organizado” e não para “destravar crédito nem para salvar empresa”. Assim, o objetivo do acordo seria a investigação, e não a sobrevivência das empresas.

A própria exposição de autoridades máximas dos órgãos de controle na mídia já produz um registro interessante da competição institucional que se instaurou nestes órgãos em torno dos acordos de leniência, cada um deles buscando deixar clara sua competência sobre a matéria. Três dias antes, em 7 de março de 2017, havia sido a vez de a Advogada Geral da União, Ministra Grace Mendonça, dar entrevista de página inteira ao Jornal Valor Econômico, também trazendo fotografia sua ao lado da manchete “Acordo de leniência com um só órgão traz insegurança jurídica.”¹⁵⁷ Na entrevista, a Ministra Grace considerou “prudente” a recusa do BNDES em fornecer crédito para as empresas investigadas na Lava a Jato que não tivessem fechado acordo de leniência resultante de uma atuação conjunta entre MPF, Ministério da Transparência, AGU e TCU. Ao longo da entrevista, a Ministra deixa claro que o papel da AGU nos acordos de leniência seria atestar a adequação do valor tido como devido a título de ressarcimento pelos atos de corrupção praticados e que desta competência, por dever legal, a AGU não poderia abrir mão.

O mal funcionamento do sistema foi denunciado pelo Presidente do Grupo Andrade Gutierrez, em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo em 26 de março de 2017. A empresa havia fechado um acordo de leniência com o MPF, mas sem a participação dos demais órgãos. Sobre a declaração de que, caso houvesse cobrança de ressarcimento

¹⁵⁵CAMAROTTO, Murilo. CGU vai retomar acordo com Odebrecht. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 mar. 2017. p. A14.

¹⁵⁶VIEIRA, A. G. Entrevista do Sub-Procurador da República Marcelo Moscoliati. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 mar. 2017. p. A14.

¹⁵⁷MAGRO, Maíra. "Acordo de leniência com um só órgão traz insegurança jurídica". [Entrevista com a Ministra-chefe da Advocacia-Geral da União (AGU), Grace Mendonça]. **Valor Econômico**, São Paulo, 7 mar. 2017. p. A14.

adicional do TCU, a empresa iria se defender, mesmo correndo o risco de ser declarada inidônea, o executivo ponderou:

Se correr, o bicho pega; se ficar, o bicho come. De qualquer forma, morro. Que banco vai me emprestar dinheiro? Se eu tenho essa faca no pescoço, de o TCU poder cobrar o que quiser? Achamos que conseguiremos mostrar isso com a ajuda do Ministério Público. Não vamos para o confronto.

O risco é, na prática, eles acabarem não recebendo. Porque não vamos conseguir [se a empresa quebrar]. Se esse é o objetivo, há outras formas de fazer. Diz então “ó, vocês viraram *persona non grata*”.

Não podemos jogar a leniência no lixo. Já pagamos mais de R\$ 300 milhões [do acordo com o Ministério Público] em troca de absolutamente nada. Nem imagem, nem algo prático. O BNDES não pagou, a Petrobras não tirou da lista negra. Só de penitência. O Brasil está muito confuso. Quando o pessoal de AGU, CGU diz que não vale: como algo feito pelo Ministério Público, homologado pelo STF, não vale? Então, vale o quê?

Até o momento em que se escreve esta tese, a questão dos acordos de leniência não foi pacificada. Apenas uma empresa – a empresa de publicidade Mullen Lowe – conseguiu fechar um acordo integrado, envolvendo todos os órgãos da administração. Nesse meio tempo, dentre as empresas que não conseguiram voltar a ter contratos e crédito com a administração pública, OAS, Mendes Junior, Galvão Engenharia, UTC, Schain, ajuizaram pedidos de recuperação judicial, não sem antes realizarem demissões em massa. Também entrou em recuperação judicial a Sete Brasil, empresa que encabeçava o grande projeto de reerguimento da indústria naval brasileira. A Engevix diz ter sido reduzida a 25% do que antes era. Diversos ativos de infraestrutura foram vendidos a empresas estrangeiras, sendo que a própria Odebrecht está em vias de transferir sua participação na Braskem à *trading* holandesa Lyondell Basel.

Diante de tudo isso, colocam-se as perguntas: (i) mas será mesmo que a leniência serve apenas como meio para investigação e não para salvar empresa?; e (ii) o interesse público correspondente à busca pelo ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos em razão de atos de corrupção é maior que o interesse público correspondente a evitar uma crise desta gravidade no mercado de infraestrutura? No capítulo seguinte, procuro tratar destas duas questões, à luz do Direito Econômico, pois acredito que este ramo do direito tem algo a dizer sobre elas.

CAPÍTULO 3. A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO NO DIREITO ECONÔMICO

3.1. A Constituição Econômica protege a empresa no interesse do cidadão

Para Comparato¹⁵⁸, a mais acertada concepção do Direito Econômico é a que nele vê “a tradução jurídica da economia dirigida”. Assim, o Direito Econômico cuidaria das formas jurídicas da atuação do Estado na economia, que devem ser orientadas por certos princípios, com vistas a atingir os objetivos a que se dirige.¹⁵⁹ No Direito Brasileiro, os fins da ordem econômica estão claramente enunciados no artigo 170 da Constituição Federal e corresponderiam a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Para tanto, o Estado, movido por regras jurídicas, atua sobre certos elementos, nos quais tem interesse, justamente porque são elementos cujo direcionamento permite atingir certos fins.

Daí que o Direito Econômico tem interesse no mercado e tem interesse na empresa. Ao dizer que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e tem por princípio a busca do pleno emprego, não pode ser outra a conclusão, senão a de que o Estado tem interesse no pleno funcionamento e no desenvolvimento dos mercados, sob uma ótica expansionista, inclusive. Ainda conforme Comparato:

Ora, o que caracteriza a política econômica do Estado contemporâneo, tanto a Leste quanto a Oeste, não só nas sociedades industrializadas como nos países desenvolvidos, é o objeto de expansão. Assegurar as condições de um aumento elevado e constante da renda nacional per capita aparece, hoje em dia, acima das querelas ideológicas e políticas, como a tarefa primeira e indeclinável do Poder Público. Nessas condições, a iniciativa, ou melhor, a responsabilidade do Estado na vida econômica, deixa de ser a exceção para transformar-se em princípio.¹⁶⁰

O pleno desenvolvimento dos mercados é conseguido a partir da empresa, que o direito procura funcionalizar, para que esta busque não apenas o lucro, mas também a

¹⁵⁸COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: _____. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 462.

¹⁵⁹Uma categorização clássica das formas de atuação do Estado na economia é encontrada em GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2015. p. 89-149.

¹⁶⁰COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico, cit., p. 464.

realização de sua função social. Segundo Eros Grau, a função social da empresa é corolário da função social da propriedade, correspondendo à função social da propriedade em seu dinamismo. Por essa razão, a propriedade, quando relativa a bens de produção (em oposição a bens de consumo), atrai maior incidência do princípio da função social da propriedade.

Esta visão se aperfeiçoa quando se toma a empresa como mais que a combinação de bens que comporiam os meios de produção, mas como conjunto de relações jurídicas próprias, organizadas e geridas em torno de uma causa de existir distinta da vontade e da esfera patrimonial de seus acionistas.^{161 162}

No âmbito da organização da vida econômica pelo Direito, a empresa é objeto de uma série de normas de restrição, emanadas por um Estado atuando *sobre* o domínio econômico. São normas deste tipo as vedações a práticas que visem à dominação de mercados, ou às que prejudiquem investidores minoritários, por exemplo.

Entretanto, o interesse da ordem jurídica pela empresa como elemento importante para o funcionamento dos mercados e a geração de riquezas se expressa em normas que visam também à sua proteção. O caso mais emblemático deste interesse é o instituto da recuperação de empresas, que visa a preservar a empresa em dificuldade que ainda se mostre viável, a partir da premissa de que o seu desaparecimento (liquidação) importa em um custo social superior aos ônus impostos aos credores – entre eles a própria Fazenda Pública¹⁶³ –

¹⁶¹BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1988. V. principalmente p. 275 e seguintes. A reflexão dos autores se referia à moderna *corporation* americana que passou a se desenvolver a partir dos anos 30 nos EUA. Guardadas as proporções de concentração da propriedade acionária das corporações americanas e das maiores empresas brasileiras (a concentração acionária na economia brasileira é significativamente maior e algumas das políticas econômicas brasileiras chegaram inclusive a incentivar esta concentração, como foi o caso das privatizações, mencionado no Capítulo 2 deste trabalho), entendo que o raciocínio exposto por Berle e Means a partir do qual a sociedade torna-se algo distinto da soma da propriedade dos sócios é válido para nossa economia e nosso direito.

¹⁶²Assim, faz muito sentido para a análise proposta a lógica resumida no seguinte trecho: “Mas aqui é preciso também salientar que, nas sociedades, o chamado interesse social corresponde ao interesse dos sócios que as compõem apenas *uti socii*, isto é, quando idêntico para todos, em função do objeto social. Daí por que, eventualmente, pode existir conflito de interesses, notadamente no exercício do direito de voto (Lei nº 6.404/76, art. 115), na medida em que um sócio persegue interesse compatível como interesse social. (...) A causa, na constituição de sociedades, deve, portanto, se entendida de modo genérico e sob uma forma específica. Genericamente, ela equivale à separação patrimonial, à constituição de um patrimônio autônomo cujos ativo e passivo não se confundem com os direitos e as obrigações dos sócios. De modo específico, porém, essa separação patrimonial é estabelecida para a consecução do objeto social, expresso no contrato e nos estatutos. A sua manutenção, por seguinte, só se justifica pela permanência desse escopo, de sua utilidade e da possibilidade de sua realização.”. Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 351.

¹⁶³Alguns diriam que se está a tratar, neste caso, das normas de Direito Comercial e não de Direito Econômico, ramo do direito no âmbito do qual desenvolvo esta tese. De fato, algumas matérias atraem para si a sobreposição de áreas de interesse do direito, como ocorre, citando mais um exemplo de campo de

quando estes são submetidos ao plano de recuperação. Esta é a conclusão de Farjat, que considera a empresa como um dos atores do direito econômico e vê na evolução do direito falimentar – que passa do direito das quebras ao direito da reestruturação da empresa - a prova da cristalização da ideia da sociedade empresária como uma instituição distinta do homem. A empresa se torna um centro de interesses que atrai proteção autônoma, dentro de uma lógica econômica que não mais visa a punir o empresário falido, mas a salvar o negócio, em oposição ao interesse do acionista e do credor.¹⁶⁴

É o caso também da sujeição da empresa estatal que atua em regime de concorrência com outras empresas privadas às mesmas obrigações fiscais, comerciais e trabalhistas, visando a evitar que uma concorrência díspar entre tais sociedades sufoque as empresas privadas.

De forma até mais forma radical, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho determinam que, nas situações em que a companhia age em desconformidade com sua função, torna-se antijurídico o exercício do poder de controle, apontando como remédio para a situação não a dissolução da companhia, mas a perda do poder de controle pelos administradores, via destituição, e pelo controlador, por meio da expropriação do controle em benefício de outro empresário¹⁶⁵.

Assim, havendo interesse do Estado na empresa, pode-se dizer que a preservação da empresa e dos mercados, em certos casos, atende ao interesse público. Para dirimir a questão que então se coloca de aparente conflito entre o interesse público de preservar a empresa e o interesse público da restituição intransigente do dano causado aos cofres públicos por atos de corrupção, bem como aquele correspondente a, pela via da punição, prevenir a ocorrência de novos delitos, é necessário visitar a doutrina de juristas que já há algum tempo vem reconhecendo que o interesse público não corresponde necessária e unicamente ao interesse do Estado e, menos ainda, do erário.

Entre tais doutrinadores, pode-se citar Renato Alessi que, já em 1960, reconhecia a divisão entre interesse público primário e interesse público secundário. Para o doutrinador, o interesse público primário seria aquele para cujo atendimento se organiza o complexo de

interpenetração entre Direito Econômico e Direito Comercial, com a disciplina da concorrência. Deixo de tecer mais considerações sobre a delimitação dos ramos de ensino do direito a que pertencem tais temas porque, como bem leciona Fernando H. Aguilar, o exercício é de proveito prático nulo. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

¹⁶⁴FARJAT, Gérard. **Pour un droit économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 83 e ss. (Collection Les voies du droit).

¹⁶⁵COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**, cit., p. 561.

funções que é a Administração Pública e corresponderia ao “complexo de interesses individuais prevalecentes em uma determinada organização jurídica da coletividade”. O interesse pertencente apenas ao aparato estatal, por sua vez, seria um interesse secundário. Ainda segundo o autor, em vista da funcionalização da Administração Pública à realização do interesse público primário, aquele somente poderia realizar o interesse secundário na medida em que este coincidissem com o primário. Alessi reconhece que, por vezes, não somente o interesse público secundário vai além do primário, como há casos também em que tais interesses podem ser colidentes.¹⁶⁶ Seguindo esta orientação, Bandeira de Melo, ao afirmar que não se pode definir o interesse público como um interesse concebido de forma autônoma e necessariamente contraposta aos interesses individuais, conceitua-o como “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de serem.**” O interesse público constituiria uma “faceta coletiva”, dos interesses individuais.¹⁶⁷ Com base nesta definição, Bandeira de Mello afirma que seria “equivoco muito grave supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado”, e indica, citando Alessi, que os interesses que são particulares ao Estado enquanto pessoa jurídica seriam interesses públicos secundários, em oposição aos interesses primários, acima definidos.¹⁶⁸

A classificação é acolhida por Barroso que, esmiuçando o tema, traz argumentos importantíssimos para esta tese, razão pela qual os transcrevo integralmente:

A noção de interesse público, para os fins aqui visados, irá utilizar uma distinção fundamental e pouco explorada, que o divide em primário e secundário. O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Embora não tenha sido objeto de elaboração doutrinária mais densa, conforme registrado acima, essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao

¹⁶⁶ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 197-198.

¹⁶⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**, cit., p. 59-61. Destaques das transcrições literais conforme o original.

¹⁶⁸Id. *Ibid.*, p. 67. Ainda, para Celso Antônio, o critério para definir certo interesse como interesse público primário (portanto o verdadeiro interesse público) seria sua previsão como tal em lei (*Id. Ibid.*, p. 68). Neste ponto é que administrativistas mais modernos, não obstante seja justo reconhecer seu pioneirismo em outras áreas do Direito Administrativo.

primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. (...)

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.¹⁶⁹

Tanto Bandeira de Mello quanto Barroso, ao reconhecerem a divisão, determinam que haveria uma supremacia do interesse público (primário, por óbvio) sobre o privado que, para o primeiro, seria a “pedra de toque” do regime jurídico de direito administrativo.¹⁷⁰ Deste regime decorreria o princípio da indisponibilidade do interesse público, tomado como argumento para obstar qualquer forma de acordo entre Administração e administrado. Este argumento é importante para pensarmos até que ponto são válidas as posições dos órgãos de controle que insistem estarem impedidos de abrir mão de sua competência para firmar acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção.

Voltemos, por ora, ao estudo das concepções da doutrina sobre o interesse público, importante para se buscar respostas aos questionamentos de que se ocupa este capítulo. Já é possível encontrar pequena divergência entre Barroso e Bandeira de Mello quando vemos que ambos aceitam o princípio da supremacia do interesse público, mas apenas o primeiro sugere a necessidade de se sopesar¹⁷¹ entre dois interesses públicos primários que possam ser colidentes, enquanto esta não é cogitada pelo segundo.

¹⁶⁹BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo a supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. viii-xiv.

¹⁷⁰Essa supremacia foi questionada por autores contemporâneos, mas é importante observar que nem mesmo na doutrina deste autor se lê uma conceituação da supremacia do interesse público tal como aplicada pelos tribunais e pela Administração Pública como um todo. Esta aplicação radicalizada do princípio levou a situações de tal desequilíbrio entre Administração Pública e administrados capaz de gerar focos de corrupção e oligopolizar mercados de contratação pública, tendo em vista que apenas empresas com grande capacidade econômica e possibilidades outras de gerir os riscos de contratar com a Administração poderiam atuar nesses mercados, como mencionado anteriormente. Celso Antônio Bandeira de Mello jamais pregou que a supremacia do interesse público justificaria qualquer forma de “calote” por parte da Administração Pública contratante e menos ainda que a empresa contratada que deixa de receber os valores pactuados com a Administração seja obrigada a seguir prestando os serviços dela contratados, por exemplo.

¹⁷¹Para Humberto Ávila, se um princípio não leva ao sopesamento entre as diferentes formas de realizá-lo, não se tratará de um princípio, mas de uma regra. ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo a supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

Marques Neto, por sua vez, questiona com maior evidência o princípio da supremacia do interesse público e com isso, o conceito de interesse público sobre o qual se assenta a afirmação deste princípio. Para o autor,

Ao formular o princípio a partir do conceito de supremacia, o paradigma em tela já prenuncia a ideia de que o interesse público se contrapõe aos interesses privados, razão por que deverá predominar, prevalecer, superar, sobrepor os interesses privados. Mais ainda, indica que o interesse público se coloca como um ente uno, exclusivo, singular, em cada situação concreta, que rivaliza com os interesses privados, estes necessariamente plurais.¹⁷²

Ao criticar a tradicional noção de interesse público, que, segundo o autor pressupõe a existência de um interesse público “absoluto, uno, indivisível e exclusivo”, sem admitir “a coexistência ou a conflitividade de interesses que sejam supra individuais ou transindividuais”¹⁷³, o autor propõe o reconhecimento de vários interesses, vindos de distintas esferas sociais, que podem corresponder a interesses públicos, sendo tarefa do Direito republicizar o Estado para que este, de forma procedimentalizada, ao identificar e tutelar interesses públicos – inclusive fazendo escolhas entre quais interesses públicos primários em conflito devem prevalecer - seja “mediador de interesses sociais e promotor de interesses difusos”.¹⁷⁴ Sob esta perspectiva, a indisponibilidade do interesse público poderia

¹⁷²MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 81. O autor aponta como razão histórica para esta posição de embate o fato de que a construção do princípio da supremacia do interesse público visa superar o individualismo então vigente, sobre a ideia de que negar interesses privados, sujeitando-os ao bem comum, corresponderia a contemplar o interesse coletivo. Id. *Ibid.*, p. 82.

¹⁷³Id. *Ibid.*, p. 86. Noto que Bandeira de Mello chega a fazer referência a interesses públicos no plural em seu Curso de Direito Administrativo (veja-se, por exemplo, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, p. 66). Não obstante, de fato, o enunciado do exaustivamente invocado princípio da supremacia *do* interesse público já traz de volta o conceito para o singular, atraindo a crítica de Marques Neto. No mesmo sentido ao posto por esse autor é a posição de Robert Alexy: “Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012. p. 111).

¹⁷⁴“Diante da multiplicidade de interesses públicos dotados de legitimidade social, parece-nos não mais possível à Administração exercer o papel hermeneuta autoritário do interesse público, ou seja, adotar a posição de quem, do alto da supremacia ou da sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade.” MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**, *cit.*, p. 157.

ser reformulada, passando a corresponder não mais à obrigatoriedade de agir, mas à “irrenunciabilidade à tutela dos interesses públicos difusos.”^{175 176}

Assim, tanto as teorias de Alessi adotadas por Bandeira de Melo e Barroso, de que existiriam interesses públicos primários e secundários, sendo que os primeiros seriam aqueles relativos aos interesses dos indivíduos enquanto reunidos em coletivo e os segundos aqueles pertencentes ao Estado como pessoa jurídica, cabendo à Administração Pública dar concretude os primeiros, quanto a teoria de Marques Neto, de que haveria uma multiplicidade mesmo de interesses públicos primários, permitem identificar diferentes interesses públicos no imbróglio da negociação dos acordos de leniência e traçar uma escala de precedência entre tais interesses. Esta construção é importante para confrontar o argumento do TCU e da AGU quando dizem que não podem abrir mão de sua competência para firmar acordos de leniência ou, em não sendo partes em tais acordos, buscar de forma autônoma o ressarcimento do erário lesado por atos de corrupção, conforme exponho adiante.

Ainda, estas considerações trazem uma resposta definitiva à indagação acima proposta a respeito dos objetivos do acordo de leniência: este instituto não serve apenas ao interesse da instrução processual, mas pode e deve ser utilizado como forma de preservação da empresa.

¹⁷⁵MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**, cit., p. 166.

¹⁷⁶Essa noção está em linha com a Constituição Federal, que resguarda uma série de direitos aos indivíduos, direitos esses que não poderiam ser considerados de menor força normativa que o interesse público, senão no caso de um juízo de ponderação no caso concreto. Vê-se o quão descontextualizada é a noção de supremacia do interesse público. Gustavo Binbenbajm atenta para o fato de que a difícil determinação do conceito de interesse público é proposital desde sua origem. Explica o autor que o princípio do interesse público foi criado como sendo o interesse da pessoa do Estado, em contraposição ao interesse dos cidadãos, e serviria para dar legitimidade ao conjunto de privilégios do regime jurídico administrativo, afastando a isonomia entre a Administração Pública e os cidadãos (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31. jan./mar. 2005). Como na França, berço do Direito Administrativo, o Conselho de Estado era o único autorizado a controlar os atos da Administração Pública - ante uma concepção rígida de separação dos poderes -, a escolha do que seria o interesse público era inteiramente pela Administração Pública. Os administrados eram meramente beneficiários da decisão administrativa, não lhes sendo dado participar desta. Ocorre que, atualmente, a discricionariedade administrativa não é apenas limitada pela lei, mas também pela Constituição Federal, que protege e persegue direitos individuais e coletivos em pé de igualdade, e demais princípios do ordenamento. Com o advento do constitucionalismo, “a Constituição transforma-se em filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional” (BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público, cit., p. vii- xvii). Diante da heterogeneidade de princípios fundamentais dispostos na Constituição Federal, não se admite que um princípio seja superior, sob pena de anular os demais princípios.

3.2. O interesse público correspondente à preservação da empresa como critério de harmonização das múltiplas competências de controle

Tanto TCU quanto a AGU reclamam para si, no caso da negociação de acordos de leniência envolvendo atos lesivos à Administração Federal, a competência para determinar a adequação dos valores acordados entre autoridades públicas e empresas lenientes para ressarcir os cofres públicos. Trata-se, portanto, de defesa de interesse público patrimonial, ou seja, secundário. No caso dos acordos de leniência firmados no âmbito da Lei Anticorrupção, a defesa do interesse público primário – aplicação de uma política sancionatória capaz de dissuadir a prática de atos de corrupção, buscando salvaguardar ao máximo a sociedade de seus efeitos deletérios – estaria a cargo (no plano federal) da Controladoria Geral União, por força de dispositivo expresso em lei específica (a própria LAC, no caso, art. 16, § 10º) e do MP. No caso do MP, a Constituição Federal lhe dá competência institucional ampla para “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127). Além da competência ampla que lhe atribui a Constituição Federal, é importante notar que o MP é o titular da ação penal nos casos de corrupção e um dos legitimados à propositura da ação de improbidade administrativa. Por esta razão, o órgão também reúne as melhores condições de coordenar a integração das sanções, permitindo que se crie uma verdadeira política pública de combate à corrupção. Não é por outro motivo que, no bem sucedido exemplo da defesa da concorrência, o acordo de leniência é firmado entre MPF e CADE.¹⁷⁷

Tendo por base as considerações acima, pode-se afirmar com segurança que, em caso de conflito entre uma política sancionatória aplicada por CGU e MPF, conjuntamente, e decisões do TCU e da AGU, deve prevalecer o fortalecimento institucional da política sancionatória implementada pelos primeiros, em detrimento da busca pela recomposição do

¹⁷⁷O atual sistema de coordenação entre MPF e CADE para a aplicação de penas criminais (às pessoas físicas) e administrativas (às empresas) também é produto, em parte, de recomendações de órgãos internacionais. Neste caso, tendo sido significativo o papel da International Competition Network no arranjo adotado, sobretudo com relação à persecução a cartéis. O registro deste processo pode ser encontrado em MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito penal e direito administrativo**. São Paulo: Singular, 2013. No sistema de defesa da concorrência, entretanto, o arranjo institucional restou mais “bem amarrado”, eis que a Lei nº 12.529/2011 previu que a assinatura do Acordo de Leniência com a autoridade antitruste levaria à suspensão condicional de eventual processo criminal para apuração de práticas de crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/1990 e demais crimes relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei de Licitações o crime de associação criminosa. Não estiveram presentes as condições institucionais para que algo semelhante fosse feito quando da aprovação da LAC e elas se deterioraram ainda mais quando se tentou aprovar a MP 713/2015, que pretendia dar racionalidade o sistema de aplicação de sanções decorrentes de prática de corrupção.

erário público, unicamente. Ganha força a deferência às competências de CGU e MPF, pois, além de implementar uma política sancionadora integrada, tais órgãos a viabilizam acordos que têm o condão de salvar empresas e preservar todo um mercado, se, sopesadas as questões envolvidas, for concluído que o acordo é a opção que melhor atende ao interesse público. Dentre as questões a serem sopesadas estariam: o potencial de cessação da prática delitiva, nível de reincidência, viabilidade da empresa após o acordo, relevância econômica e social da manutenção da empresa, lesividade da prática e outras. Práticas delitivas devem, sim, ser combatidas. Mas é importante deixar lado a aversão, o asco que certas práticas nos causam, para imprimir racionalidade ao sistema. Os custos sócio-econômicos da persecução não podem superar seus benefícios. De outra forma: existe também um interesse público primário que aponta para a preservação da empresa e dos mercados, mesmo quando empresas são flagradas na prática de condutas reprováveis.

Este raciocínio já aparece em pelo menos um dos múltiplos autos que a Lava a Jato fez multiplicar: é o que se verificou na Ação de Improbidade Administrativa nº 5025956-71.2016.4.04.7000/PR, diante do pedido da AGU de que fosse mantido o mantido o bloqueio de bens de empresas do Grupo Odebrecht para assegurar o pagamento dos danos causados ao erário, mesmo após a assinatura de acordo de leniência em que fora pactuado o pagamento de valores de ressarcimento. Ao negar o pedido da AGU, o juízo assim fundamentou sua decisão:

Portanto, se de um lado há obrigação do Ministério Público Federal em formular requerimento de desbloqueio de bens por força do acordo, de outro, há a previsão de pagamento pela empreiteira de vultosa quantia cuja maior parte será destinada ao ressarcimento do dano ao erário. Nessa linha de raciocínio, indeferir o pedido de desbloqueio seria contrassenso, por duas razões.

Primeira, o Estado, seja concebido à luz do conceito sociológico, seja concebido à luz do conceito puramente jurídico, não pode se fragmentar em múltiplos órgãos, cada qual simbolizando a idiossincrasia de seus agentes públicos. O Estado, ou melhor, a Administração Pública é una, e sua subdivisão, ainda que sob o prisma da independência funcional de seus agentes, deve levar em conta que o administrado não pode ficar a mercê de conflito de atribuições internas à pessoa política com quem mantém relações, quer de natureza contratual, quer de natureza legal.

Nesse contexto, ao celebrar o acordo de leniência, o Ministério Público Federal age em prol do interesse primário – e não secundário – da Administração Pública, que, no caso, pertence à União. Assim, defendendo interesse em nome da pessoa política – o que não se assimila à advocacia prestada a ente público – soa, no mínimo, contraditório a insurgência da Advocacia-Geral da União contra o cumprimento do acordo, cujo fim precípuo é, justamente, facilitar o ressarcimento do dano.

Assim, manter o bloqueio implicaria negar eficácia a acordo celebrado com base em legislação técnica, por mera dissidência entre órgãos que compõem o Estado em si (unitariamente concebido), dando ensejo no mais, a comportamento contraditório por parte da Administração Pública: *nemo potest venire contra factum proprium*.¹⁷⁸

A decisão, entretanto, veio a ser revogada nos autos do Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.000¹⁷⁹, com base no entendimento de que o Acordo de Leniência, tendo sido firmado “apenas” com o MP, sem a participação da Advocacia Pública, possuía vícios que deveriam ser sanados, entre eles a falta de uma quantificação correta do dano a ser reparado e do valor a ser pago a título de multa prevista na Lei de Improbidade Administrativa. Nem uma consideração foi feita com relação aos diferentes interesses públicos em jogo. Apenas aduziu a Relatora que a manutenção do bloqueio de bens das empresas era “razoável, já que o acordo de leniência necessita que vícios sejam sanados”.

Foi somente após a assinatura de novo Acordo de Leniência entre Odebrecht, CGU e AGU que pôde ser levantada parcela significativa dos bens da empresa nos autos da ação de improbidade. O bloqueio ficou restrito aos bens imóveis da empresa e ao percentual de 3% da receita das empresas do grupo rés na ação.

Vencida esta etapa, foi a vez de o TCU propor que fosse determinado à CGU e à AGU de se absterem de fechar o acordo sem que antes o órgão manifestasse sua palavra final, em vista de notícias veiculadas pela imprensa de que o acordo seria assinado sem seu aval¹⁸⁰. O TCU tinha aberto processo para acompanhamento da negociação e execução do acordo de leniência e esperava que o trâmite do acordo se desse com obediência ao procedimento previsto na IN 74/2015 (posteriormente revogada pela IN 83/2019, que a

¹⁷⁸Decisão interlocutória proferida nos autos da ação em referência, pelo Juiz Friedmann Anderson Wendpap, da 1ª Vara Federal de Curitiba, em 24.03.2017. JUSTIÇA FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Seção Judiciária do Paraná 1ª Vara Federal de Curitiba. **Ação de Improbidade Administrativa nº 5025956-71.2016.4.04.7000/TRF4**. [Decisão interlocutória proferida pelo Juiz Friedmann Anderson Wendpap]. Curitiba, 24 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/odebrecht-improbidade.pdf>.

¹⁷⁹Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em ação de improbidade administrativa, decidiu afastar o bloqueio cautelar de bens das empresas do Grupo Odebrecht.

¹⁸⁰TCU. Acórdão 1593/2018-Plenário. Rel. Min. Marcos Bem Querer. Julgado em 11.07.2018. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. Secretaria das Sessões. Ata nº 26 de 11 de julho de 2018. **Acórdão nº 1553/2018 - TCU - Plenário**. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2018_26.pdf.

substituiu) chegando a determinar, em caráter cautelar, a proibição de se firmar o acordo sem sua participação¹⁸¹.

Durante o trâmite desta proposta, entretanto, CGU e AGU efetivamente concluíram o acordo de leniência com empresas do grupo Odebrecht. Os Ministros do TCU reagiram de forma distinta com relação a este fato. O Ministro relator dos autos concluiu que a medida cautelar teria perdido o objeto, devendo ter prosseguimento a fiscalização do acordo de leniência quanto a seu cumprimento e a suficiência do ressarcimento aos cofres públicos. O relator observou que o caso suscitava questões quanto ao descumprimento do acordo informal feito entre TCU, AGU e CGU de que o acordo de leniência não seria firmado sem a oitiva do TCU e que poderia ter havido obstrução ao livre exercício da fiscalização, que deveriam ser investigados mais adiante. Seu voto termina declarando que “a equipe técnica deste Tribunal sempre agiu com os olhos voltados para o interesse público, no exercício das competências desta Casa, que não podem ser embaraçadas, condicionadas ou limitadas pelos seus jurisdicionados”.

O Min. Luciano Brandão, em tom diverso, abre seu voto pedindo

(...) licença, contudo, para enfatizar as minhas congratulações em prol, ainda, da CGU e da AGU pela efetiva consecução do aludido acordo de leniência sem resultar em prejuízo ao acordo de colaboração premiada anteriormente celebrado em juízo pelo MPF, respeitando, com isso, os princípios da unicidade estatal e da legítima confiança (...)

¹⁸¹Ressalta-se que tal norma, tal como outros atos regulamentares editados pelo Tribunal de Contas da União, tiveram o condão de ampliar a competência do órgão em descompasso com o teor da Constituição. É o que verificou André Janjácómo Rosilho (ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**, cit.). O autor verifica ter havido participação da Corte de Contas no processo de elaboração de normas que dispõem e regulamentam a competência do órgão, por meio da propositura de anteprojetos e emendas e do acompanhamento dos trabalhos dos constituintes e congressistas. As condições para tanto eram ideais, haja vista o fato de a Constituição ter sido confeccionada logo após o período da ditadura militar, quando estava enfraquecido o Poder Executivo e quando instrumentos de controle ganhavam destaque e prestígio. A utilização de termos vagos e pouco precisos nas normas constitucionais definidoras da competência do Tribunal permitiu que o órgão ampliasse os seus limites de atuação e firmasse a sua prevalência sobre os controlados, assumindo diversas funções. O autor identifica que a Corte de Contas passou a praticar outros atos além daqueles autorizados pelo texto constitucional (atos sancionatórios e de comando em matérias estritamente financeiras em controle de legalidade). Entre elas, Rosilho lista as atribuições de sustar contratos, atuar em matérias não financeiras, atuar a partir de parâmetros de legitimidade e economicidade (e não estrita legalidade), atribuir efeitos jurídicos constitutivos ou desconstitutivos. No âmbito da IN 74/2015, o Tribunal de Contas da União teria indevidamente atribuído a si a competência para anular acordos de leniência já firmados (Id. Ibid., p. 191-192). A IN 83/2018 não chega a proibir a assinatura dos acordos de leniência sem sua chancela, mas reafirma a competência do órgão para avaliar a legitimidade, juridicidade e economicidade dos acordos, prevendo a responsabilização dos agentes que impeçam a atuação do TCU sobre a matéria (art. 4º). Ainda, a instrução determina que a atuação do órgão na fiscalização destes acordos se dará conforme critérios de risco, materialidade e relevância (art. 3º), deixando evidente o esforço do órgão para manter jurisdição sobre os acordos de leniência de maior importância.

No mesmo voto, o Ministro nota que, uma vez tendo recebido a documentação do acordo de leniência pelo Tribunal, seria encaminhamento adequado determinar ao órgão de auditoria que “passasse a promover a responsabilização, também, de diversas pessoas não-colaboradoras e dos inúmeros agentes públicos beneficiários das indevidas vantagens”.

Desta proposta, todavia, discordou o Ministro Substituto André Luís de Carvalho, entendendo que o processo sob julgamento tinha por objeto acompanhar o acordo de leniência firmado entre empresas do grupo Odebrecht, CGU e AGU, não lhe parecendo adequado nele fazer determinações que competiam a outros relatores e outros processos.

Considerando as divergências, pode-se concluir que, além de não ter ainda criado um entendimento único sobre os procedimentos a serem adotados pelo Tribunal para exercerem as suas competências a partir das informações obtidas nos acordos de leniência, os Ministros do TCU tomaram posicionamentos distintos quanto a uma eventual crítica à AGU e à CGU por não terem aguardado o pronunciamento do órgão para a conclusão do acordo. De toda forma, ao aceitar que a medida cautelar proposta tivesse perdido objeto sem buscar a anulação do acordo, o TCU provavelmente fez seus cálculos de estratégia, seguramente levando em conta a decisão proferida pelo STF pouco tempo antes. Nos autos da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35435¹⁸², o Min. Gilmar Mendes concedeu em caráter monocrático medida liminar determinando ao TCU que se abstivesse de aplicar pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública à Construtora Andrade Gutierrez S.A., que havia firmado acordo de leniência com o Ministério Público Federal. Segundo o Ministro, a aplicação da pena de inidoneidade impediria a empresa de seguir auferindo receita e cumprir o próprio acordo firmado, uma vez que não teria como pagar a multa acordada no próprio ajuste.

O imbróglio parece se estender e se multiplicar em exemplos. Um deles é o julgamento, já em março de 2019 do pedido de reexame em tomada de contas para apurar a responsabilidade de agentes por danos ao erário associados à formação de cartel entre empresas que participaram de contratos com a Eletrobrás para fornecimento de obras e serviços à Usina Termonuclear de Angra III¹⁸³. Na ocasião, o TCU manteve a aplicação da

¹⁸²STF. MS 35435 MC / DF. Decisão monocrática proferida pelo Min. Relator Gilmar Mendes em 13.04.2018. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 35.435 Distrito Federal.** [Relator Min. Gilmar Mendes]. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2327610>.

¹⁸³Acórdão TC 016.991/2015-0, Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, j. 20.03.2019. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. Secretaria das Sessões. Ata n° 8, de 20 de março de 2019. **Processo nº TC-016.991/2015-0.** [Min. Relator Walton Alencar Rodrigues].

pena de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública pelo prazo de 5 anos às empresas Construtora Queiroz Galvão S.A., Empresa Brasileira de Engenharia S.A., Techint Engenharia e Construção S.A. e UTC Engenharia S.A., tendo esta última firmado acordo de leniência com a CGU. No mesmo processo, o Tribunal havia deixado de aplicar a pena de inidoneidade às empresas dos grupos Camargo Corrêa Construções e Comércio S.A., Andrade Gutierrez S.A. e Construtora Norberto Odebrecht, sobrestando o processo em relação às mesmas, por considerar que estas empresas haviam feito acordo de leniência com o MPF e que poderiam colaborar com as investigações instauradas pelo TCU. Assim, a visão do TCU não foi de reconhecer que não teria competência para firmar ou participar do acordo com o TCU, mas a de que poderia aproveitar a colaboração das empresas em um processo de leniência próprio do órgão.

Decidir implementar uma espécie de mecanismo de leniência interno do TCU parecer ser a saída alternativa encontrada pelo tribunal para defender sua competência sobre este tipo de acordo, após não conseguir tornar obrigatória sua participação em acordos firmados com o MPF¹⁸⁴. O relatório da instrução técnica adotado pelo Ministro Relator do caso traz o seguinte:

O TCU não é instância revisora de acordos de leniência firmados com o MPF. No entanto, sua atuação emana diretamente da Constituição Federal, não cabendo à lei restringir sua competência. Portanto, esta Corte também pode, dentro dos limites do escopo de sua atuação, firmar acordos. O que se pretendeu com a decisão recorrida foi, diante do princípio da celeridade processual e eficiência que o deslinde da questão demanda, aproveitar o acordo realizado com o MPF para inserir cláusulas que abarcassem a atuação do TCU para agilizar o encaminhamento do processo nesta Corte.

Para adicionar complexidade à questão da usurpação de competências, o TCU ainda expôs no acórdão seu entendimento de que possui competência concorrente com a do CADE para determinar a existência de conluio entre agentes em casos de cartel em licitações. E foi além: também expôs seu entendimento quanto ao conceito de interesse público abarcar a

¹⁸⁴O entendimento de que o TCU não está obrigado a observar os acordos de leniência firmados por outros órgãos, mas pode levar em conta a colaboração de lenientes em acordos prévios firmados com o Ministério Público de que possa se aproveitar para abrandar as penas de seus jurisdicionados, criando uma espécie de leniência interna já foi, inclusive, defendido em sede acadêmica por Francisco Sérgio Maia Alves. O autor afirma a tese sustentada pelo próprio TCU de que o órgão é constitucionalmente para dar a última palavra em matéria de reparação de danos ao erário, afirmando, ainda, o entendimento jurisprudencial da independência entre as esferas. Não enfrenta, contudo, o mérito da existência de legislação específica e mais recente dando a outro órgão da esfera administrativa federal – a CGU – competência plena para firmar acordos de leniência em matéria de combate a corrupção e outras práticas lesivas ao erário previstas na LAC. Cf. ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018.

reparação da lesão ao erário, mas não a proteção da ordem econômica. O trecho do relatório da instrução técnica adotado como relatório do relator é bem claro neste sentido:

Em relação à competência do TCU em contraponto à competência do CADE, anui-se ao entendimento desta Corte (peça 356, p. 24). Nessa linha, não há impedimentos para atuação em paralelo. Isto porque esta Corte analisa a ocorrência de conluio e de fraude à licitação sob o ponto de vista do interesse público, já o CADE avalia os indícios de cartel para preservação da ordem econômica. A única interseção é o fato de a contratante figurar nos quadros da Administração Pública Federal. Daí decorre o fato de que a atuação de ambos, CADE e TCU, ocorre paralelamente em prol do princípio da eficiência, e em respeito aos princípios da celeridade processual, economicidade e legalidade.

Seguindo no que parece ser uma inversão da importância dos interesses públicos primário e secundário proposta por Alessi e acolhida por Celso Antônio Bandeira de Mello e Luis Roberto Barroso, o Min. Bruno Dantas, em sua declaração de voto constante do mesmo acórdão, afirma que:

É bem verdade que o esforço empreendido por este Tribunal perpassa, sim, pela preocupação quanto à economia do país, quanto ao acervo técnico produzido pelas empresas, quanto aos tributos que são recolhidos por essas empresas. Entretanto, não constitui missão desta Corte o mero salvamento de empresas; nosso compromisso, enquanto instituição, é com o interesse público.

Estes eventos, além de revelarem uma presença muito tímida da preocupação com a sobrevivência das empresas lenientes como forma de proteção do interesse público, em oposição à constante preocupação com o interesse público correspondente ao ressarcimento ao erário e ao exercício pleno das competências pelos órgãos de controle, sugerem que a multiplicidade institucional em que foi sendo sedimentado o aparato de combate à corrupção está longe de funcionar como um sistema orgânico e eficiente. Não há um sistema de combate à corrupção – há uma multiplicidade de órgãos. E a ele sobrevivem apenas os grandes grupos empresariais, com fôlego financeiro para aguardar o exaurimento de boa parte das instâncias de controle, sem até lá reaverem seus créditos contra a Administração Pública e sem poderem buscar novos contratos com o Poder Público. Ou mesmo nem esses, em grande parte.

A ciranda é tétrica: o combate à corrupção, se descolado de qualquer parâmetro de eficiência e responsividade, aumenta a concentração dos mercados, reforçando justamente um dos fatores que favorecem a corrupção e a prática de cartel.

Foi importante a atuação coordenada dos diversos órgãos de combate à corrupção para que as primeiras ações relevantes neste sentido tomassem corpo. O alinhamento destes órgãos começou com a ENCCLA – Estratégia Nacional de Corrupção à Lavagem de Dinheiro, lançada em 2013¹⁸⁵, em meio a uma ampla reformulação do sistema de justiça brasileiro. O objetivo da ENCCLA era permitir a articulação dos órgãos envolvidos no combate à criminalidade, unindo forças de entidades como Judiciário, Ministério Público, Banco Central, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, Comissão de Valores Mobiliários - CVM, CGU, Tribunais de Contas e outros. A articulação entre os órgãos foi fundamental para dar impulso a uma forma de cooperação dos órgãos no âmbito das investigações de suspeitas de corrupção, lavagem de dinheiro e outros crimes antes inexistente. Também foram gestadas ou discutidas na ENCCLA diversas propostas de reformas institucionais.

Quando o sistema de investigação atingiu certo grau de maturidade, em grande parte a partir do momento em que fora internalizado no ordenamento brasileiro os institutos de delação premiada e leniência, a coordenação institucional parece ter se fragmentado, passando os órgãos a disputar suas competências para aplicar sanções e aprovar ou rejeitar os acordos de leniência, que até hoje não podem ser firmados com segurança. Chegamos, assim, a uma cópia incompleta dos sistemas anglo-americanos de justiça negociada: importamos a delação premiada e a leniência, com sua capacidade sem igual de gerar processos sancionatórios de toda sorte, que nos casos de corrupção (ou do que quer que se enquadre como tal) se multiplicam em todas as instâncias, mas não criamos as condições institucionais para que as sanções sejam aplicadas de forma unificada, seguindo uma racionalidade única, o que tem gerado custos altíssimos para a sociedade. Além destes custos, pode-se arriscar dizer que o sistema como está tem gerado as mesmas dificuldades de se lidar com o Estado e com o controle que levam a atos de corrupção.¹⁸⁶

¹⁸⁵MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ENCCLA - 2018. Coordenação. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/enccla>. Acesso em: mar. 2019.

¹⁸⁶A disputa institucional inaugurada pela Lava a Jato parece ter gerado até mesmo fragmentações internas, dentro do próprio MPF. São exemplos desta fragmentação o ajuizamento da ADPF nº 568/2019, em que a Procuradoria Geral da República questiona o acordo feito entre membros do MPF integrantes da Força Tarefa da Operação Lava a Jato com a Petrobrás, determinando a destinação de parte dos valores de ressarcimento que a Petrobrás se obrigou a pagar no âmbito do *non-prosecution agreement* firmado com o Department of Justice norte-americano fosse destinado a fundação de direito privado a ser constituída e em parte gerida pelo MPF de Curitiba. Em outro caso, no Acordo de Leniência firmado entre o MPF de Curitiba e a Rodonorte – Concessionária de Rodovias Integradas S.A., não apenas o MPF decide, sem consultar outros órgãos, a destinação da parte dos valores obtidos com a leniência para a concessão de desconto tarifário, como ainda

Não sendo possível a implementação destas condições de maneira consensual entre os órgãos de controle, uma solução para dar harmonia ao sistema seria uma reforma legislativa que indicasse quais as competências de cada órgão na aplicação de sanções por atos de corrupção. A Medida Provisória nº 703, editada ainda em 2015, ensaiou a organização de um sistema de negociação e conclusão dos acordos de leniência, mas, em meio à deterioração das condições de governabilidade¹⁸⁷ em que foi editada, não foi convertida em lei. Por isso, permanece aberta e necessária a via de uma nova lei que determine o funcionamento dos acordos de leniência, para a qual seriam úteis os seguintes parâmetros: (i) reconhecimento do Ministério Público e do órgão máximo de controle interno (CGU, no plano federal) como autoridades competentes para negociar e concluir o acordo, dispondo sobre o valor da multa a ser aplicada para fins de punição e os valores a serem cobrados para fins de ressarcimento ao erário; (ii) atribuição de competência da AGU e do TCU para opinar, em caráter não vinculante, sobre a suficiência do ressarcimento, em um determinado prazo, cujo decurso faria presumir a concordância com a proposta da AGU e do TCU; (iii) supressão da competência do TCU para aplicar sanções relativas a fatos sobre os quais haja sido firmado acordo de leniência enquanto este acordo estiver sendo cumprido, ficando mantida a competência do TCU apenas para fiscalizar o cumprimento do acordo; (iv) supressão das competências de outros entes federativos para instaurar procedimentos sancionatórios envolvendo fatos narrados no acordo de leniência, devendo, nestes casos, haver a divisão proporcional dos valores obtidos no acordo com os demais entes federativos lesados, tendo tais órgãos o direito de se manifestar sobre a suficiência dos valores cobrados nos mesmos moldes da competência atribuída ao TCU e à AGU.

Até que seja emitida esta lei e a menos que os órgãos de controle acordem entre si um processo de atuação conjunta no processamento dos acordos de leniência, resta tão-somente ao Poder Judiciário pacificar as questões que forem surgindo, sobretudo em termos

exige do leniente informar, por meio de comunicados públicos, que a empresa havia firmado de acordo de leniência “com a força tarefa Lava Jato do Ministério Público Federal do Paraná”, para em seguida informar que tal acordo permitira a redução de 30% das tarifas de pedágio cobradas nas rodovias administradas pela Rodonorte pelo prazo de um ano. Esta atuação de um grupo de membros do MPF da forma descolada da instituição em que atuam configuram a prática daquilo que Floriano de Azevedo Marques chama de “patrimonialismo de acesso impessoal”. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Entre independência institucional e o neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do promotor natural. In: RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves. (Org.) **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções constitucionais. São Paulo: Atlas, 2010. p. 135-163.

¹⁸⁷Esse é inclusive o teor da notícia do Senado Federal: MP dos acordos de leniência perde a validade. *Senado Notícias*, Brasília, 31 maio 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade>. Acesso em: mar. 2019.

de superposição de competências, divergências quanto à imposição de medidas acautelatórias (especialmente a de bloqueio de bens) e, principalmente, divergências com relação ao valor adequado das multas aplicadas, seja a título meramente punitivo, seja para fins de ressarcimento. Ao desempenhar esta tarefa, entendo que, à luz da Constituição Econômica, a preservação da empresa seria um válido e necessário parâmetro de decisão.

De maneira complementar ao raciocínio acima descrito, um princípio importante para orientar legisladores e aplicadores da lei é o *ne bis in idem*. Ocupando-se da problemática da sobreposição entre sanções administrativas com alto teor punitivo e sanções criminais, fruto da recente “administrativização” do direito penal acompanhada de um crescimento do direito administrativo sancionador, Regina Helena Costa combate a visão mais tradicional da doutrina e da jurisprudência de que as instâncias administrativa e criminal seriam distintas, podendo haver aplicação de sanções vindas destas diferentes esferas em razão de um mesmo fato¹⁸⁸. No trabalho da autora identifico ao menos dois elementos que desqualificariam a visão de independência das esferas e, portanto, da aceitação do *bis in idem*. Um deles consiste no fato de que as penas administrativas não mais podem ser tidas como meramente bagatelares, dada a intensidade que passaram a assumir nas legislações recentes (a exemplo das pesadas multas que podem ser aplicadas pelo CADE ou pela CGU, ou da proibição de contratar com o poder público que hoje pode ser aplicada por diversos órgãos, tais como tribunais de contas, CGU e controladorias de outros entes), tornando o princípio da proporcionalidade seu fundamento direto¹⁸⁹. O outro reside, justamente, na impossibilidade de separar tais instâncias quando da caracterização de um delito. A autora recorda, quanto a este tema, que “decisões penais que reconheçam a inexistência de fato ou ausência de autoria não podem ser simplesmente desconsideradas pelos órgãos administrativos”¹⁹⁰. Por outro lado, alguns delitos da criminalidade econômica são definidos com base em elementos extrapenais, sendo a instância administrativa

¹⁸⁸“Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de ‘independência entre as instâncias’, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia.” COSTA, Regina Helena Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre-docência) - Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 119.

¹⁸⁹Id. Ibid., p. 237.

¹⁹⁰Id. Ibid., p. 221.

importante para verificar não se houve a ação, mas em que medida ela produziu os efeitos ou traz outros elementos que caracterizam estrutura do delito.¹⁹¹

Se o *ne bis in idem* é válido para afastar a possibilidade de aplicação de sanções a um mesmo delito, deverá valer também para aquelas situações em que um delito seja objeto de acordo de leniência. Nesse sentido, importa notar que o acordo de leniência decorre justamente do exercício do poder de sancionar, chegando, na maioria das vezes, a impor penalidades, que apenas ficam abrandadas em face da colaboração do leniente. Ao firmar o acordo substitutivo de sanção, a Administração já satisfaz o dever de agir do Estado e, por conseguinte, de tutelar o(s) interesse(s) público(s) que o anima(m)¹⁹².

Ainda quanto à independência das esferas, vale notar que ela sequer pode ser alegada quando se tratar de afirmar o *ne bis in idem* como princípio apto a afastar a potencial cumulação de sanções por um mesmo ato de corrupção ou lesão ao erário público na dentro da própria esfera administrativa, que seria resultante da aplicação de sanções por órgãos como AGU, CGU e TCU a um mesmo agente, em razão da prática do mesmo ato.¹⁹³

Embora Costa afirme que o princípio esteja voltado mais ao legislador, que deve atentar para ele ao elaborar uma política sancionatória ampla e integrada, envolvendo as penas criminais de forma subsidiária, ousou dizer que, até que venham as reformas legislativas capazes de atender a este objetivo, pode o Judiciário tomar o princípio como fundamento

¹⁹¹“A característica mais marcante desses delitos, além de seu conteúdo econômico, é a dependência do âmbito administrativo para sua definição, configuração e apuração. Por tal motivo, examinar as relações existentes entre esses crimes e o direito administrativo é extremamente importante.” COSTA, Regina Helena Lobo da. op. cit., p. 66.

¹⁹²Nesse sentido, v. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**, cit., p. 304: “Com relação aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, considerados os mais expressivos óbices à atuação consensual, deve-se primeiramente salientar que ambos consistem em construções teóricas, desenvolvidas por juristas com o fim de conferir sistematização ao direito administrativo. Sem encontrarem respaldo normativo, mas servindo à legitimação do emprego da autoridade estatal pelo Poder Público, os princípios referidos não constituem impeditivos à atuação administrativa consensual. Ainda que se reconheça valor metodológico aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os acordos administrativos podem ser entendidos como o interesse público do caso concreto, tendo em vista os potenciais efeitos positivos decorrentes da transação. A celebração do acordo administrativo não caracterizaria, assim, ofensa aos referidos princípios, mas a própria satisfação do interesse público.”

¹⁹³Destaco, além disso, que uma das origens da independência das esferas seria o conteúdo do art. 935 do Código Civil vigente, contido também no Código Civil de 1916, que dispõe que “Art. 935. 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.”. Neste caso, afirma-se certa independência de esferas de responsabilização porque uma delas é exclusivamente punitiva (a criminal), enquanto a outra abarca outras naturezas, sobretudo a da reparação e da alocação de custos sociais, embora o dever de indenizar e outras penalidades civis podem ser utilizadas para evitar certos comportamentos ou impor determinados parâmetros de precaução. Daí porque na esfera civil admite-se, por exemplo, a responsabilidade objetiva, incompatível com a esfera penal. Nas hipóteses tratadas nesta tese, entretanto, trata-se de sanções oriundas, em grande parte, de uma esfera administrativa, mas com forte caráter punitivo. O *bis in idem* é flagrante.

para decisões que venham a afastar sanções aplicadas em duplicidade ou mesmo corrigir a dosimetria das sanções superpostas, de modo a manter a política sancionatória dentro dos limites necessários ao atingimento de seus objetivos, garantindo não apenas os direitos dos apenados, mas também da coletividade, ao se evitar a destruição da empresas que geram empregos e valor.

3.3. Sanção e culpabilidade na perspectiva de uma política de incentivos contra a corrupção e de preservação da empresa

As considerações acima sobre como o interesse público correspondente à preservação da empresa e dos mercados pode ser um critério orientador de reformas legais que reorganizem as competências para a negociação dos acordos de leniência e para a atuação do Poder Judiciário até que isto seja feito, podendo ser trazidas para o campo da dosimetria das sanções em acordos de leniência. Mas cabem reflexões adicionais nesta matéria.

Estas reflexões são oportunas não apenas tendo em vista o contexto de “contrabando” legislativo de responsabilidade criminal da pessoa jurídica dentro de um diploma de natureza aparentemente civil-administrativo em que se deu a LAC, mas também em virtude do amplo grau de variação das penas previstas naquela lei. Entre as sanções não monetárias aplicáveis à pessoa jurídica infratora estão, do menor para o maior grau de severidade, a obrigação de publicar o extrato da decisão condenatória exarada em sede administrativa (art. 6º); o perdimento de bens, direitos ou valores obtidos com a infração (art. 19, I); a suspensão ou interdição parcial de suas atividades (art. 19, II); a proibição de receber quaisquer formas de incentivos ou subsídios da Administração Pública por prazo de um a cinco anos (art. 19, IV); e a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, III). As penas pecuniárias, por sua vez, vão de 0,1 a 20% do faturamento anual bruto da empresa no ano anterior ao da instauração do processo administrativo. Para atingir o fim de salvaguarda do erário por danos causados, a lei esclarece que as sanções e mesmo a assinatura do acordo de leniência capaz de abrandá-las não afastam o dever de reparar o dano ao erário.

Uma primeira consideração que se coloca com relação ao tema seria a responsabilidade objetiva atribuída às empresas pela lei. Como dito anteriormente, a LAC pode ser considerada uma lei penal, que estabelece a responsabilidade criminal da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública. Se este é o caráter da lei, não se poderia afastar da aplicação das

sanções ali previstas os princípios da aplicação do *ius puniendi* estatal, dos quais decorre que a pena é proporcional à culpa. Obviamente, está em desacordo com esta noção, ao menos se considerada em sua literalidade, o art. 2º da LAC, ao dispor que “[a]s pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Segundo Ana Frazão:

A responsabilidade objetiva, como se sabe, pode decorrer inclusive de atos lícitos, estando orientada para assegurar a reparação de danos em casos nos quais se entende que estes não devem ser suportados pela vítima.

Dessa maneira, ainda que se cogite possível a responsabilidade objetiva para efeitos de imputação dos atos de determinados órgãos, administradores ou representantes da pessoa jurídica, não seria justificável que as pessoas jurídicas sejam punidas por atos que não sejam considerados ilícitos ou reprováveis.

Tal discussão tem inequívoca natureza constitucional, em estreita conexão com os princípios da antijuricidade, da culpabilidade e a individualização da pena, que confluem para a conclusão de que a reprovabilidade da conduta deve ser a medida da sanção. Assim, não havendo reprovabilidade da conduta, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria da pena.

(...)

No Brasil, já há farta doutrina sustentando que a culpabilidade é exigência sine qua non para imposição de qualquer sanção, mesmo na seara administrativa, motivo pelo qual somente a responsabilidade subjetiva seria compatível com o direito punitivo. Afinal, não faz sentido punir algo que não é ilícito nem reprovável, sendo a responsabilidade objetiva deletéria a qualquer garantia fundamental da pessoa jurídica acusada.¹⁹⁴

Com efeito, a doutrina reconhece a necessidade de se estender garantias fundamentais inerentes à aplicação de penas, como a proibição de excesso e a exigência de culpabilidade, mesmo em casos em que não se perquire sobre eventual natureza criminal disfarçada da lei civil ou administrativa. A aplicação das garantias fundamentais se dá em razão de se tratar de manifestação do poder punitivo estatal¹⁹⁵. Em um Estado de Direito,

¹⁹⁴FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSETTI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun (Coords.). **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 37.

¹⁹⁵A doutrina diverge quanto à unicidade do poder punitivo estatal. Para autores como Nieto e Medina Osório, o Direito Penal e o Direito Sancionador não são a mesma manifestação deste poder. Para Nelson Hungria, o são. O importante para o estudo que se pretende desenvolver nesta tese é que, independentemente das razões para tanto, é largamente aceita na doutrina a aplicação das garantias fundamentais do acusado em matéria da aplicação das sanções administrativas retributivas, entre elas a do princípio da culpabilidade. Cf. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 148 et seq. e p. 167 et seq.; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 86 et seq. e HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>. Acesso em: mar. 2019.

requer-se a observância destas garantias, desenvolvidas primordialmente no âmbito da aplicação da lei penal. É o entendimento de Rafael Munhoz de Melo:

O princípio constitucional do Estado de Direito e seus subprincípios formam a base do regime jurídico punitivo, aplicado às manifestações do poder punitivo estatal, seja ele exercido pela Administração Pública (sanções administrativas retributivas), seja ele exercido pelo Poder Judiciário (sanções penais). Informado por tais princípios, o regime jurídico garante aos particulares uma répression non arbitraire, nas palavras de Delmas-Marty e Teitgen-Colly. O combate à arbitrariedade estatal está na origem do Estado de Direito, sendo inadmissível que o exercício do poder punitivo, num Estado de Direito, seja arbitrário.

(...)

Na seara do regime jurídico punitivo, o princípio da proibição do excesso serve como fundamento do princípio da culpabilidade. A sanção administrativa retributiva somente pode ser considerada adequada e necessária se configurar uma resposta à atuação culposa do infrator. Foi já mencionado que a sanção administrativa retributiva não tem por escopo ressarcir o dano ou promover o retorno ao status quo ante, característica das sanções ressarcitórias. As sanções aplicadas no exercício, penais ou administrativas, são um mal imposto ao infrator pela prática de conduta considerada prejudicial à ordem social que terá reflexos apenas sobre o infrator, na medida em que não traz benefício algum à vítima. Se é assim, não é adequada ou necessária a punição imposta a quem age de modo involuntário, ou sem culpa, com será visto adiante.^{196 197}

Assim, com base na premissa de que a aplicação da sanção não pode prescindir de culpabilidade, uma parte da doutrina já se manifestou no sentido de que a responsabilidade objetiva por atos lesivos à Administração Pública prevista na LAC somente poderia ser aplicada ao dever de ressarcimento ao erário, não podendo ser estendida às medidas de carácter exclusivamente punitivo ali previstas.

¹⁹⁶MELO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 103. O autor afirma, ainda, a tranquila aplicação dos dispositivos constitucionais que dispõem sobre garantias fundamentais do acusado, cuja literalidade é mais afinada ao Direito Criminal, para o campo do Direito Administrativo Sancionador (vide incisos XXXIX, XL, XLV e XLVI do art. 5º da Constituição Federal). Diz o autor: “É verdade que alguns dos dispositivos constitucionais acima mencionados fazem referência a expressões próprias do direito penal (“crime”, “pena”, “lei penal”) – o que não significa que os princípios jurídicos neles vinculados não se apliquem também no campo do direito administrativo sancionador. Tais princípios, corolários que são do princípio fundamental do Estado de Direito, nem mesmo careceriam de previsão expressa no texto constitucional.” Id. Ibid., p. 104. Creio que este seja um dos elementos que permite estender essas garantias, inicialmente dirigidas às pessoas físicas, à pessoa jurídica. O outro seria a consideração do imperativo de preservação da empresa e dos mercados como forma de preservação dos interesses da coletividade, de que trato nesta tese. Ambos caminham juntos.

¹⁹⁷V. na mesma linha, GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 109, p. 773-793, 2014.

Com base nestas premissas, na opinião de autores como Ana Frazão, Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, é necessário algum elemento de culpabilidade que justifique a responsabilidade objetiva pelo resultado (dano causado à Administração Pública nacional ou estrangeira) para as sanções previstas na LAC. Este elemento de culpabilidade seria a existência de um déficit de organização da pessoa jurídica, que deixou de instaurar os mecanismos de prevenção do ilícito. Trata-se de uma flexibilização da culpabilidade, que não mais estará ligada ao nexo entre a ação e o resultado, mas à omissão em tomar medidas adequadas a preveni-lo. Nesta linha de raciocínio, os mesmos autores afirmam a compatibilidade desta forma de responsabilização com o mecanismo de atuação de pena (porque atenuada estaria a culpa) quando a pessoa jurídica acusada tenha implementado programas de *compliance*, a depender da qualidade do mecanismo.¹⁹⁸

Esta leitura jurídica que condiciona a responsabilidade objetiva da empresa a algum elemento de culpabilidade (e, portanto, descaracteriza, felizmente, a responsabilidade objetiva) se casa perfeitamente com as prescrições da análise econômica do Direito para o tema. Este ramo de análise científica que tem como um de seus principais instrumentos de trabalho o estudo das estruturas de incentivo que são dadas aos agentes cuja conduta se pretende regular, sob a perspectiva de que ele agiria racionalmente, de modo a maximizar o benefício advindo de suas ações, determina claramente que, diante de uma situação em que é relevante a intenção do agente de causar o resultado, ou a decisão de não evitá-lo, deve-se prescrever ao comportamento a ser evitado uma sanção. Quando, por outro lado, o resultado deve ser evitado em algum grau, mas não se deseja eliminar completamente o resultado que ele causa e é indiferente a intenção do agente de causar o resultado ou de não evitá-lo, deve-se fixar um “preço” pelo resultado causado. Este preço muitas vezes é, justamente, o dever de indenizar independentemente de culpa, encontrado na responsabilidade objetiva. É o caso do dever de indenizar por certos resultados decorrentes da atividade industrial. Não desejando restringir de forma excessiva a atividade industrial, mas cientes de que é o empresário que lucra com essas atividades que deve assumir os danos produzidos por uma série de resultados que ela causa, em diversos casos se atribui à empresa o dever de reparar estes danos, independentemente de culpa, como se atribui a fabricantes de produtos nocivos à saúde ou em alguns casos de dano ao meio ambiente. Neste cenário, o agente ou

¹⁹⁸FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSETTI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun (Coords.). **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017 e BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 103, v. 947, p. 133-155, set. 2014.

organização poderá simplesmente fazer uma análise entre os custos financeiros potencialmente decorrentes do resultado que leve ao dever de indenizar e os benefícios decorrentes da conduta que venha a causa-lo, para tomar suas decisões quanto a adotar ou não certas práticas e quanto investir em resultados mitigadores dos danos que geram o dever de indenizar.

Por outro lado, quando se deseja emitir um comando nos termos do qual uma conduta não deve ser praticada, devendo-se fazer o possível para evitar o seu resultado, comina-se a ela uma sanção. Trata-se de punir, e não de compensar. Neste caso, sendo a conduta proibida, a sanção não é um preço pelo resultado adverso. É um castigo atribuído a quem tiver culpa, e na medida dela. Ou seja: conforme ficar provado que o agente agiu para causar o resultado, ou deixou de fazer o que poderia para evita-lo. Neste caso, o agente ou a organização, diante da decisão de optar pela conduta que produza o resultado, terá outras considerações a fazer – além da análise do custo financeiro relacionado à conduta em confronto com o benefício que ela causa, haverá uma análise de custo moral e reputacional. Incurrer em conduta proibida não é o mesmo que ser obrigado a indenizar e a sanção não corresponde a um mero “preço” por praticar algo que é permitido, mas cujos resultados são prejudiciais.

A culpabilidade, neste caso, além de ser importante para a legitimidade da sanção, pode funcionar como importante incentivo para que o agente a evite. Explico: tratando um resultado e as condutas que o causam como eventos sujeitos à responsabilização independentemente de culpa, aproxima-se o caso das situações de responsabilidade objetiva em que, não querendo eliminar a atividade que causa o resultado ou não havendo modo de determinar a culpa de quem o causa, opta-se por simplesmente atribuir o dever de indenizar o dano ao agente. Com isso, o agente passa a ter duas opções – não praticar a conduta e, no mundo empresarial, não se envolver com determinada atividade, ou praticar a atividade internalizando os custos da responsabilização. Sabendo que a responsabilidade não estará relacionada à sua culpa – ou seja, ao quanto tenha concorrido para o resultado danoso, por ação ou omissão – o agente que optar por se envolver na atividade tende a ser menos sensível à possibilidade de evitar o resultado danoso, eis que, se ele for produzido, o agente responderá do mesmo modo.

No caso da responsabilidade subjetiva, entretanto, se o agente sabe que a medida de sua culpa será levada em conta quando se determinar sua responsabilidade por um dado resultado, terá incentivos para evitá-lo. Daí porque autores que propõem que as sanções punitivas previstas na LAC sejam aplicadas sob um regime de responsabilidade subjetiva – ou sob uma ótica reinventada da responsabilidade objetiva – acreditam que esta seja a forma de

incentivar as empresas a adotarem programas de *compliance* nas empresas. A perspectiva de que as ações tomadas pela empresa para evitar os resultados proscritos pela lei será levada em conta no momento de eventual responsabilização funcionária como incentivo para tais ações.

Não é por acaso que, fora do campo da análise econômica do direito, mas aproximando a teoria da prática, esta lógica é defendida por Bucy ao tratar da responsabilidade criminal da empresa de forma geral, não apenas em matéria de legislação anticorrupção.

Sem considerações quanto à legitimidade, ao criticar a ineficiência de um padrão de responsabilização criminal objetiva da pessoa jurídica, em que a empresa responderia objetivamente pelos atos de seu funcionário, sem qualquer consideração quanto a ações que a organização teria tomado para evitar a conduta do seu representante e eventual benefício percebido pela empresa em decorrência da conduta, a autora afirma o seguinte:

Há três grandes problemas com este padrão de responsabilidade. O primeiro é sua amplitude. Sob este padrão, as empresas estão sujeitas a persecução mesmo tendo tomado todas as providências para prevenir o mal feito. Este padrão também falha em fornecer qualquer indicativo às empresas do que fazer para proteger a si próprias.

O segundo problema, relacionado ao primeiro, é que este padrão leva à aplicação arbitrária. Se uma empresa é investigada, processada, tem a oportunidade de negociar um acordo de suspensão do processo ou de não persecução, ou se consegue evitar o sistema de justiça criminal por completo, depende unicamente de um único promotor. Mesmo assumindo que o promotor é honrado, justo e tem conhecimento considerável sobre negócios, há pouca previsibilidade para as empresas. No fim das contas, um promotor denunciaria, outro não.

O terceiro problema com este padrão é que ele não serve bem à sociedade. Ao falhar em considerar esforços das empresas para cumprir a lei, este parâmetro não traz incentivo para que empresas gastem recursos e implementem programas de *compliance* eficazes. Este padrão não fornece mecanismos para que se examine a cultura de uma empresa, seu plano de *compliance*, esforços para encorajar a observância das leis, ou práticas que encorajem seu descumprimento. Nesse sentido, falha em distinguir os culpáveis dos que não são. (tradução nossa)¹⁹⁹

¹⁹⁹BUCY, Pamela. H. Corporate criminal liability: when does it make sense. **American Criminal Law Review**, Georgetown v. 46, n. 4, p. 1441-1442, Sept. 2009. Este padrão foi aplicado, entre outras oportunidades em *United States vs. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir. 1972), exemplo utilizado pela autora. A versão original do texto transcrito é a seguinte: “There are three major problems with this standard of liability. The first is its breadth. Under the current standard, corporations are subject to prosecution even if they have taken all reasonable steps to prevent the wrongdoing. This standard also fails to provide any guidance to corporations as to what they can do to protect themselves. The second problem, related to the first, is that this standard lends itself to arbitrary application. Whether a company is investigated, indicted, given the opportunity to negotiate a deferred prosecution agreement or a non-prosecution agreement, or is able to avoid the criminal justice system completely, is up to an individual prosecutor. Even

Em razão disto, Bucy propõe um padrão de responsabilidade criminal da pessoa jurídica bastante parecido com a leitura oferecida por Frazão e Bottini e Tamasauskas como sendo a única possível para a responsabilidade de caráter sancionatório retributivo prevista na LAC. A autora propõe um padrão de responsabilização criminal da pessoa jurídica cujo enunciado seria o seguinte:

Uma pessoa jurídica pode ser julgada como criminalmente responsável pelos atos de quaisquer agentes seus que cometam um crime no âmbito de uma relação de emprego, com o intuito de beneficiar a entidade, a menos que a entidade demonstre que, no momento da prática do delito, tinha um programa de *compliance* voltado aos crimes alegados.²⁰⁰

O enunciado, como se vê, permite que a empresa afirme, em sua defesa, uma excludente de culpabilidade que, na visão da autora, corrigiria duas falhas importantes no padrão de responsabilização objetiva da pessoa jurídica por fato de terceiro: “sua amplitude e sua incapacidade de se distinguir bons e maus cidadãos corporativos”²⁰¹.

Tratada a questão da responsabilidade objetiva – ou melhor: do não cabimento da responsabilidade objetiva na seara punitiva da LAC – passo a analisar a questão da dosimetria da pena aplicada, à luz do interesse de preservação da empresa. Faço-o sob a premissa básica de que a empresa tenha assinado acordo de leniência com a autoridade anticorrupção competente ou com o Ministério Público e que este acordo contempla a cessação das práticas lesivas de que a empresa é acusada. Também tomo como premissa que a reparação do dano causado aos cofres públicos está fora do âmbito das sanções punitivas

assuming that the prosecutor is honorable, fair, and has considerable business knowledge, there is little predictability for businesses. The fact remains that what one prosecutor would indict, another would not. The third problem with this standard of corporate criminal liability is that it does not serve society well. By failing to take into account good faith efforts by companies to comply with the law, this standard provides no incentive for companies to expend resources to institute effective compliance programs. This standard provides no mechanism for examining a corporation's culture, compliance plan, efforts to encourage law abiding behavior, or practices that encourage violations of the law. In this sense, it fails to distinguish between those that are culpable and those that are not.”

²⁰⁰BUCY, Pamela. H. op. cit., p. 1442. Texto original: “A fictional entity may be held criminally liable for the acts of any of its agents who commit a crime within the scope of employment with the intent to benefit the entity unless the entity demonstrates that at the time of the offense it had in place an effective corporate compliance program relevant to the crimes alleged.”

²⁰¹Id. Ibid., p. 1442. “Corporate citizenship” ou “cidadania corporativa” é um conceito que expressa o comportamento cidadão de uma empresa, que seria correspondente à observância das leis e princípios éticos, dentro das comunidades que atua. Para Moon e outros, trata-se de uma versão repaginada do conceito de responsabilidade social empresarial. Os mesmos autores observam uma certa problemática ao se estender o conceito político de cidadania a empresas. Cf. MOON, Jeremy; CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. Can corporations be citizens? Corporate citizenship as a metaphor for business participation in society. **Business Ethics Quarterly**, v. 15, n. 3, p. 429-453, July 2005.

e que a determinação de seu *quantum* não encontra – ao menos em termos conceituais – grande dificuldade. O dever de reparação do dano no caso de contratos firmados no âmbito de práticas de corrupção, ou seja, mediante fraude ao dever de licitar ou outro expediente que afaste uma contratação em bases equitativas entre Administração Pública e particular parece ser já pacífico no âmbito das discussões do dever de indenizar o erário previsto na Lei de Improbidade Administrativa, que é idêntico ao previsto na LAC. Este valor seria o correspondente ao sobrepreço praticado no contrato²⁰². Resta superar a questão da quantificação da sanção.

Para analisar tal ponto, valho-me das provocações de Bobbio quando este autor propõe ir além da característica estrutural do direito – a de um ordenamento coativo em que se organiza do monopólio da força – para perquirir sobre sua(s) função(ões).²⁰³ Os escritos de Bobbio que se ocupam desta temática encontram ressonância instantânea em outras áreas do direito econômico e do direito administrativo, como, por exemplo, no caso do estudo da atividade de fomento estatal ou das funções redistributivas do direito. Isso porque são papéis desempenhados pelo Direito de maneira alternativa ao modelo tradicional kelseniano em que

²⁰²SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. 2010. p. 18. **Academia.edu**. Disponível em: https://www.academia.edu/17569759/2010_-_Pedido_nas_a%C3%A7%C3%B5es_de_improbidade_administrativa. “De fato, voltando ao exemplo do caso em que se frustrou a licitude de procedimento licitatório (art. 10º, VIII, da Lei n. 8.429/92) o dano ao erário, passível de ressarcimento, não corresponde a todo o valor gasto pelos cofres públicos com a empresa indevidamente declarada vencedora do certame. Se a obra ou serviço foi efetiva e regularmente entregue, o dano ao erário, passível de restituição, corresponde à diferença entre o valor realmente gasto e o valor que seria despendido caso tivesse sido regular a licitação. Como essa conta, na prática, dificilmente pode ser feita, tem-se aceito que o dano ao erário é aquilo que suplanta o custo da obra ou do serviço, ou seja, o lucro. É nesse sentido que caminha a jurisprudência.”

²⁰³Cf. BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In _____. **Da teoria à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 53-80 e BOBBIO, Norberto. A análise funcional do direito: tendências e problemas. In _____. **Da teoria à função: novos estudos de teoria do direito**, cit., p. 81-115. Para Bobbio, Kelsen reconhecia que o direito tinha uma função, que era a da pacificação social, em sua mais genérica acepção. Porém, para Kelsen, esta genérica função não é o que confere especificidade ao direito. O que distinguiria o direito de outras técnicas de organização social seria o monopólio da coação social. Diz Bobbio: “É verdade que Kelsen, com a intenção de construir a teoria pura, jamais se ocupou, exceto marginalmente, dos problemas relativos ao aspecto funcional do direito. Mas isso não significa que com eles não tenha se preocupado de modo algum. Do ponto de vista funcional, como se sabe, o direito é, para Kelsen, ‘uma técnica específica da organização social’: sua especificidade consiste no uso dos meios coercitivos para induzir os membros do grupo social a fazer ou a não fazer alguma coisa. O direito é um “ordenamento coativo”. Aquilo que é comum a todos os ordenamentos sociais, que habitualmente qualificamos jurídicos, é a presença de uma organização, mais ou menos centralizada, para obter dos associados determinados comportamentos, recorrendo, em última instância, à força. Na terminologia própria dos sociólogos, a qual, aliás, Kelsen não utiliza, o direito é uma das formas possíveis de controle social, especificamente, é a que se funda no uso da força. BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito, cit., p. 57.

predomina²⁰⁴ a prescrição de condutas para atribuir sanções negativas a seu descumprimento.

Entretanto, mesmo se olharmos para os campos tradicionais de aplicação do direito, como no caso em questão, vale deslocar o olhar normalmente conservador da análise estrutural do direito para a análise funcional. A partir dela teremos que a aplicação das sanções *latu sensu*²⁰⁵ – dever de indenizar danos causados ao erário e punição pela prática de atos lesivos à Administração Pública – não são um fim em si. As finalidades imediatas contidas nas normas que as prescrevem são, basicamente, (i) restituir ao Poder Público e, com isso, tornar novamente disponível à sociedade os valores que lhe foram de certa forma subtraídos e (ii) prevenir ilícitos futuros, fazendo com que a sociedade tenha máximo incentivo para observar as regras do jogo, na certeza de que aqueles que não as observam serão punidos. Tais objetivos devem conduzir a um fim último, de manutenção do pacto social, ou, conforme descrito na introdução, da instituição de uma ordem em que predomina o universalismo ético sobre as relações de individualismo particularista.²⁰⁶ Este já um ponto de partida importante para o argumento que se deseja desenvolver neste tópico.

Como já mencionado neste capítulo, a literatura econômica com que lidamos em matéria de políticas sancionatórias em geral trata o direito como um grande sistema alocativo de recursos e os agentes – tanto pessoas físicas quanto jurídicas – como maximizadores de utilidade para si próprios que responderão a incentivos, fazendo cálculos baseados na utilidade alcançada por determinado comportamento, tendo em vista o custo – seja moral ou

²⁰⁴Digo “predomina” porque Kelsen reconhece a sanção premial, embora lhe atribua reduzidíssimo valor. V. BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito, cit., p. 66.

²⁰⁵Nesta passagem, especificamente, ao usar o termo “sanções *latu sensu*”, refiro-me ao conjunto amplo de consequências que devem ter lugar quando ocorre a conduta prevista na norma (tudo o que na proposição “se A, então B” estiver dentro do campo “então B”). Daí serem identificadas na mesma categoria tanto a punição *strictu sensu* quando o dever de indenizar.

²⁰⁶O esquema é explicitado por Bobbio da seguinte forma: “A lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, para a qual um fim, uma vez alcançado, torna-se meio para a realização de um outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último. (...) Quem, por exemplo, coloca no seu próprio elenco de funções do direito a segurança (ou a ordem social), a solução de conflitos de interesse ou a organização do poder político, põe no mesmo plano funções que, na realidade, localizam-se em níveis distintos e que provavelmente poderiam ser, para maior clareza, encadeadas uma à outra. Mais especificamente, a função de segurança e a de solução de conflitos não estão uma ao lado da outra, mas estão, se posso me expressar desta forma, uma dentro da outra, já que, com certeza, uma das maneiras pelas quais o direito exerce a função de garantir a segurança social é também um modo eficaz de solucionar os conflitos – talvez o mais eficaz, em última instância.” BOBBIO, Norberto. A análise funcional do direito: tendências e problemas, cit., p. 107.

econômico - deste comportamento.^{207 208} Segundo Cotter, esta análise de custo/benefício tende a não ser a mesma quando se considera o custo de delinquir (desviar de uma norma à qual se atribui uma sanção) e o preço da opção por uma determinada conduta permitida, à qual são atribuídos custos por dado resultado (desenvolver uma atividade a cujo agente é alocada a responsabilidade objetiva por potenciais danos dela decorrentes).²⁰⁹ No caso em questão, como se trata de atos em tese objeto de sanções tipificadas sobretudo na LAC, podendo ser identificadas também na Lei de Improbidade e na Lei de Licitações, e, claro, para o caso de pessoas físicas, no Código Penal, levaremos em conta que a análise de custo benefício será aquela feita entre utilidade do comportamento e custo de delinquir.

O custo de delinquir, entretanto, não é dado apenas pela severidade da sanção. Ele é função do custo da sanção associado à probabilidade de que o ato ilícito seja detectado e enfim punido. A percepção deste custo será diferente conforme o agente seja mais ou menos avesso a riscos.²¹⁰ De qualquer forma, vale o raciocínio básico: se uma certa conduta é sancionada com uma pena severa, mas o agente sabe da baixa chance de punição, poderá considerar que a prática da conduta sancionada valerá a pena. Se a pena for muito branda, ainda que as chances de ser aplicada sejam altas, ainda assim poderá valer a pena a conduta

²⁰⁷V. BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968; COOTER, Robert D. Prices and sanctions. **Columbia Law Review**, New York, v. 84, n. 6, p. 1523-1560, 1984. Devo reconhecer que estes estudos são extremamente complexos para o acadêmico do Direito, razão pela qual aceito as conclusões recomendadas pelos autores sem o escrutínio matemático das equações apresentadas nos apêndices. De qualquer forma, são utilizadas majoritariamente nessa tese as conclusões apresentadas por estes autores que já provaram possuir grande influência sobre o direito americano, pela sua repetida aplicação. Para fazê-lo, utilizei-me largamente do texto COOFFE JR., John C. Paradigms lost: the blurring of the criminal and the civil law models – and what can be done about. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 101, n. 8, p. 1875-1893, June 1992.

²⁰⁸Observo que, ao me socorrer destes instrumentos da literatura de economistas que se ocupam de sanções jurídicas não pretendo reduzir a área do direito de que trato a equações que busquem resultados ótimos em termos de otimização de recursos. Isso porque os instrumentos de análise econômica de que tratamos aqui não estão subordinados à eficiência de recursos econômicos, mas à busca de como melhor condicionar comportamentos para atingir a um fim jurídico, com toda a carga valorativa que ele pode conter. Assim, um modelo econômico que vise encontrar uma sanção adequada, considerando os custos de sua prescrição e persecução, bem como das externalidades daí recorrentes, pode perfeitamente partir do pressuposto de que, para um crime como o assassinato, por exemplo, o nível máximo que se pode tolerar da atividade é zero.

²⁰⁹COOTER, Robert D. op. cit.

²¹⁰Nesse sentido, Bucy argumenta que empresas são muito mais suscetíveis à deterrência, por duas razões: (i) seus administradores são treinados para avaliar o custo benefício do comportamento da empresa (em oposição às pessoas físicas, que podem apresentar comportamento menos racional, agindo sob influência de suas emoções ou de substâncias químicas, por exemplo); e (ii) responsabilizar empresas é mais fácil que responsabilizar indivíduos, uma vez que desconsiderar a personalidade jurídica da empresa e identificar o responsável pela prática de um delito é mais complexo que responsabilizar a pessoa jurídica dentro de um certo padrão de responsabilidade. (Também para a autora, pessoas físicas despertam mais empatia que empresas, diminuindo suas chances de condenação. Este último fator, no entanto, seria de maior provável verificação no direito americano, em que o júri popular não é reservado apenas ao julgamento de crimes dolosos contra a vida. BUCY, Pamela. H. op. cit., p. 1433-1457.

praticada. Aumentar as chances de aplicação da pena, por sua vez, também implicará nos custos de aprimorar o sistema de persecução. Esta é uma primeira vantagem atribuída à leniência – ao requerer que o leniente traga provas que contribuam para a investigação em troca de penas mais brandas, ela diminui drasticamente os custos da persecução.

A própria sanção, por outro lado, traz embutidos seus custos. O primeiro deles é a liberdade. Proscrever condutas e atribuir-lhes penas severas atinge não apenas a liberdade de eventuais condenados, mas de todos os cidadãos que deverão evitar os delitos. Segundo Coffee Jr.,

Em última instância, se medimos o sucesso do direito criminal exclusivamente em termos do número de crimes evitados, poderíamos acabar, na memorável frase de Herbert Parcker, ‘criando um ambiente em todos estão seguros, mas ninguém é livre’.²¹¹

Transpondo esta preocupação para o mundo das pessoas jurídicas, um fator de aumento do custo social da pena seria afastar agentes econômicos das áreas onde os delitos tipificados são muitos e as penas a atribuídas a eles severas. Tipificar condutas como ilícitas, atribuir-lhes penas severas e ainda aumentar as chances de que os agentes sejam investigados e punidos por tais atos pode fazer com que certos agentes com maior aversão a risco evitem até mesmo condutas que possam ser assemelhadas àquelas tidas como ilícitas. A respeito do tema, Bucy afirma que uma das preocupações, em termos de política pública

associadas à persecução [criminal ou quase criminal] de empresas, novamente exacerbada pela amplitude do padrão [americano] de responsabilização penal da pessoa jurídica e pela ampla discricionariedade dos legitimados à persecução é que a persecução criminal, ou seu mero potencial, poderá deter o apropriado e necessário espírito empresarial e tomador de riscos. As empresas, temerosas de processos agressivos, podem se tornar excessivamente temerosas e evitar explorar novos modelos e oportunidades de negócio. (tradução nossa)^{212 213}

²¹¹COOFFE JR., John C. op. cit., p. 1882.

²¹²BUCY, Pamela. H. op. cit., p. 1440. No original: “The second policy concern with prosecuting corporations, again exacerbated by the breadth of the standard of corporate criminal liability and extent of prosecutorial discretion, is that criminal prosecution, or simply the potential of it, may deter appropriate and needed entrepreneurial spirit and risk taking. Businesses, fearful of aggressive criminal prosecutions, may become overly cautious and avoid fully exploring new business models and opportunities.”

²¹³Risco parecido é apontado por Warde Jr. de maneira contundente em relação às pessoas físicas. Para ele: “A caracterização casuística e subjetiva dos ilícitos leva à paralisia dos honestos. Os sérios não querem arriscar sequer um segundo na cadeia. E, portanto, irão se manter a quilômetros de distância de qualquer relação econômica com o Estado”. WARDE JÚNIOR, Walfredo Jorge. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. São Paulo, Leya, 2018. p. 49. Embora apontado em relação a pessoas físicas, o risco tem reflexos no mundo empresarial porque as empresas são administradas por pessoas. São também pessoas seus acionistas e controladores.

O mercado de contratações com o Poder Público é uma área propensa a este risco, por clamar as atitudes simbólicas de proteção ao erário e trazer inúmeras situações de conflito de interesse entre público e privado que podem ser consideradas delituosas. E aí pode residir uma outra externalidade negativa da sanção criminal ou quase criminal: a seleção adversa. Esta externalidade pode se tornar ainda mais negativa quando condições estruturais de um certo setor levam seus agentes a se envolver em práticas potencialmente delituosas. De novo o mercado de contratações públicas aparece como forte candidato a esta situação: os casos em que se pode ser acusado de causar dano à Administração Pública são muitos – diversas condutas vêm sendo consideradas como violadoras da Lei de Improbidade Administrativa e da LAC. Por outro lado, as contratações com o Poder Público são extremamente arriscadas, levando agentes a lançar mão de expedientes como a realização de doações milionárias de campanha como forma de “seguro” contra futuros calotes, ou para ter a certeza de que a empresa continuará sendo chamada para futuras licitações. O resultado é que um número reduzido de empresas que estejam dispostas a correr este risco, muitas vezes porque já imaginam contar com os instrumentos necessários para mitigar o risco dessas contratações ou mesmo obter ganhos consideráveis em compensação pelo risco tomado, atuará neste mercado. Isto ainda aumenta as chances de cartelização dos agentes.²¹⁴

Sob essa lógica, não faz qualquer sentido creditar unicamente a penas severas as possibilidades de erradicação de práticas indesejadas. Neste caso, faz sentido combinar penas proporcionais à ofensividade do delito com reformas estruturais que reduzam as razões que levam à prática do delito e evitem qualquer possibilidade de seleção adversa. Sob esta perspectiva, os fundamentos para que a sanção aplicada à empresa leniente tenha em conta a possibilidade de sobrevivência da empresa são sólidos. A empresa leniente, além de cooperar com as investigações, diminuindo seus custos, submete-se à cessação das práticas ilícitas cometidas, podendo-se transferir para a organização até mesmo os custos de monitorar seu cumprimento. Essas empresas, sujeitas a um certo padrão de conduta, terão todo o incentivo para se converterem em vigias (os chamados *watchdogs*) de seus concorrentes, para assegurar que estes se submetam aos mesmos padrões de conduta e, portanto, às mesmas condições de concorrência da empresa leniente²¹⁵. Ao invés de se converter em um agente que

²¹⁴Como já mencionado, esta conduta hoje é vedada a pessoas jurídicas, mas ainda permitida a pessoas físicas. Além disso, a vedação a doações de campanha por pessoas jurídicas parece ser um tema ainda não resolvido de forma definitiva na prática eleitoral brasileira, em razão das controvérsias que persistem quanto ao tema.

²¹⁵BUCY, Pamela. H. op. cit., p. 1439; RODRIGUEZ, Caio Farah. Além de enfrentar a corrupção, lava jato impõe capitalismo aos empresários, cit.; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país, cit., p. 49.

deixa o mercado por ter sido condenado em prática delituosa, legando-o a outras empresas que talvez sobrevivam no mesmo mercado às custas de práticas semelhantes, o agente passa a contribuir de dentro do mercado para extirpa-las: Segundo Rodriguez,

Com ele [o acordo de leniência], a força-tarefa do MPF na Lava Jato conseguiu implementar, na prática negocial, aquilo que poucos conseguiram fazer por lei. Sujeitou algumas das maiores empresas do setor de infraestrutura brasileiro – agora expandido a outros setores, como o de proteína animal – a regime severo de práticas de integridade e de readequação de suas atividades a padrões de mercado.

O acordo de leniência celebrado pelo MPF não é para inglês ver. Além de criar obrigações rigorosas de integridade, segundo os mais altos padrões mundiais, e de, ao menos no caso da Odebrecht, instituir a figura do monitor independente (designado pela força-tarefa)²¹⁶ encarregado de verificar seu efetivo cumprimento e adequação, estipulou consequências muito gravosas em caso de descumprimento.

Entre elas está o vencimento antecipado das obrigações de pagamento previstas nos acordos e, mais importante, a possibilidade de uso das informações reveladas pela empresa contra ela mesma. Soma-se a isso a perda de crédito financeiro, cuja concessão, nos mercados de hoje, depende em grande medida da confiança depositada no cumprimento do ajustado.

Ou seja, descumprimento é igual à morte empresarial imediata.

O mais relevante é que, além do interesse de evitarem a própria extinção, as chamadas empresas colaboradoras (isto é, aquelas que celebraram acordo de leniência com o MPF) passam a servir como “cães de guarda” dos mercados em que atuam. Isso porque, como estão efetivamente sujeitas a regras rigorosas, estarão em desvantagem competitiva se suas concorrentes se valerem de práticas ilícitas.²¹⁷

Jennifer Alen, uma estudiosa entusiasta dos acordos de não persecução e leniência nos Estados Unidos defende um padrão de responsabilização criminal da pessoa jurídica mais restrito que aquele proposto por Bucy, anteriormente explicado. Para a autora, a empresa que tenha um programa de conformidade não deve estar isenta de responsabilização. O racional da autora é o seguinte: é impossível a qualquer programa de conformidade cobrir todos os ilícitos empresariais que uma empresa pode praticar. Por isso, não faz sentido que a empresa, por ter um programa de *compliance*, fique imune à responsabilização. Não obstante, a autora defende que as empresas que tenham programas de *compliance*, tenham feito a divulgação voluntária de ilícitos cometidos e cooperem com

²¹⁶A figura também é utilizada no direito norte americano, conforme demonstramos acima e parece ser a inspiração do modelo aqui adotado.

²¹⁷RODRIGUEZ, Caio Farah. op. cit. Quando publicou o texto em questão, Rodriguez atuava profissionalmente como advogado responsável por negociar os acordos de leniência da Odebrecht. Esta condição foi informada ao leitor, o que, de início, atribui certa credibilidade ao texto não obstante a situação do autor. Além disso, a percepção de Rodriguez é compartilhada por outros autores, conforme aponto acima.

as investigações de autoridades sejam, sim, compensadas por tal postura porque esta seria uma forma mais efetiva de diminuir a criminalidade empresarial que a aplicação de penas redistributivas em julgamento final. Alen concorda com Rodriguez quanto à possibilidade de que a empresa leniente se torne um “cão de guarda” não apenas dos mercados em que atuam, mas de seus próprios funcionários.

Se, no entanto, a empresa não pode ter expectativa de ver sua pena abrandada, ou de que vá sobreviver à leniência, não há incentivo para que ela faça a comunicação voluntária de ilícitos, o que diminui os riscos de delinquir para os funcionários da empresa (que passará a agir na expectativa de que para a empresa não interessa denunciá-lo)²¹⁸.

Ao que parece, a preservação da empresa é um critério inescapável ao sistema que utiliza a leniência não apenas como forma de investigação, mas como política sancionatória voltada a um fim maior – erradicar a corrupção, ou, se quisermos, instituir um ambiente em que relações de universalismo ético predominem sobre relações de individualismo particularista.

Se o interesse por detrás da responsabilização da empresa é, no limite, eliminar dos mercados as práticas de corrupção e, pela persecução, a empresa se submete a cessar as práticas, tornando-se ainda um observador do mercado, não há porque aplicar à organização uma pena que leve à destruição da empresa, a menos que a esta se mostre em descumprimento da obrigação de cessar práticas ilícitas já assumida anteriormente – ou seja, em caso de descumprimento dos acordos de leniência ou mesmo reincidência nas práticas ilícitas. Ainda assim, como observamos anteriormente, tendo em vista que o interesse da empresa não é apenas de seus acionistas, mas da comunidade em geral, entendo, na esteira de Comparato e Salomão Filho, que a legislação e a jurisprudência pátria podem caminhar para uma solução que contemple a obrigação de venda do controle da empresa, em detrimento da aplicação de sanções que levariam a sua falência.

Obviamente esta solução vale ser aplicada para empresas viáveis economicamente e que desempenhem papel importante em seu mercado de atuação. Caso contrário, não haveria interesse público em preservá-la, assim como interesse privado na compra de seu controle.²¹⁹

²¹⁸ARLEN, Jennifer. **Corporate criminal enforcement in the United States**: using negotiated settlements to turn potential corporate criminals into corporate cops. May 2017. Disponível em: <http://www.eifr.eu/uploads/eventdocs/596f2377ec5fa.pdf>. Acesso em: maio 2019.

²¹⁹O mecanismo proposto por Warde Jr., Bercovici e Siqueira Neto, se implementado, acabaria por ter este efeito, tendo em vista que as indenizações devidas pelas grandes construtoras pelos danos causados à União seriam pagas com ações representativas do controle destas companhias à União, que depois as alienaria. Cf. WARDE JÚNIOR, Walfrido_Jorge; BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Um plano de ação para o salvamento do projeto nacional de infraestrutura**, cit.

Por outro, para a empresa que não produz bens e serviços licitamente e é utilizada exclusivamente para perpetrar fraudes, como é o caso dos veículos corporativos utilizados para lavagem de dinheiro, pode-se aplicar com tranquilidade a pena da dissolução compulsória, prevista não apenas na LAC (art. 19, inc. III) como também no art. 599, § 2º, do Código de Processo Civil, neste último caso para a sociedade anônima de capital fechado²²⁰.

Na mesma linha, mas propondo uma reflexão voltada para o campo da corrupção transnacional, Kevin Davis propõe a substituição da abordagem tolerância zero para o que chama de “responsabilização proporcional” (*proportional liability*).²²¹

Partindo do caso julgado perante o International Centre for Settlement of International Disputes (“ICSID”)²²² - *World Duty Free vs. Kenya*²²³ - em que se discutia a possibilidade de o Estado do Quênia considerar nulo um contrato firmado com a empresa *World Duty Free*, em razão de a avença ter sido produto de um ato de corrupção (a empresa havia dado dinheiro em espécie ao então Presidente do Quênia – Daniel arap Moi), Davis analisa toda a extensa jurisprudência do direito contratual anglo saxão e dos tribunais internacionais em matéria de contratos internacionais (inclusive contratos com governos) citada no laudo arbitral para concluir que, na grande maioria dos casos, as decisões exaradas foram no sentido de que um contrato firmado como consequência ou sob a influência de um ato de corrupção traria como remédios à parte lesada (i) a restituição dos valores de sobrepreço do contratual, assim considerados os valores correspondentes entre a diferença entre o valor do contrato firmado sob corrupção e o valor de um contrato firmado em bases equitativas (*compensation*). Algumas teorias em particular, seguindo a lógica da teoria da ilegalidade, ainda garantiriam à parte lesada (ii) o direito de não reconhecer as obrigações contratuais (*avoidance*); e (iii) o direito a subtrair do contratado todas as vantagens auferidas

²²⁰Trata-se da hipótese de dissolução parcial de sociedade mediante prova, por acionistas ou acionistas representando mais de cinco por cento do capital social da sociedade anônima de capital fechado, que a empresa não pode cumprir seu fim social. Observo, neste caso que, ao contrário do que diz o Código de Processo Civil, esse não seria caso de dissolução apenas parcial da sociedade.

²²¹DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability. **International Law and Justice - ILLJ, Working Papers**, n. 4, Apr. 2009. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1393326>.

²²²Como se sabe, o ICSID é uma instituição autônoma e multilateral de arbitragem internacional fundada pelo Grupo Banco Mundial para a resolução jurídica de controvérsias e para a conciliação entre investidores internacionais. O ICSID foi instituído pela Convenção sobre a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados.

²²³INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). **World Duty Free v. Kenya**, ICSID Case No. ARB/00/7, 46 I.L.M. 339.

pelo contrato (*disgorgement*).²²⁴ Segundo Davis, a jurisprudência internacional mais uma vez confirmada em *World Duty Free vs. Kenya* aponta no sentido de fornecer todos os remédios à parte lesada em casos de corrupção – direito à declaração de nulidade do contrato e não reconhecimento de suas obrigações, direito à compensação por danos e, ainda, direito a ver aplicadas penas de caráter sancionatório. Davis concluiu que

As decisões nestes casos refletem claramente a visão de que empresas que lidam com governos tem uma obrigação primordial de combater o suborno e endossam uma abordagem de tolerância zero na formulação de remédios para a quebra deste dever. (tradução nossa)²²⁵

Para o autor, a abordagem tolerância zero nos dá, intuitivamente, a ilusão de que esta é a melhor forma de proteger o interesse das sociedades lesadas pela corrupção: ela determina a restituição dos prejuízos sofridos pela população do Estado que teve contratos firmados sob corrupção e expressa toda a reprovabilidade dos contratos maculados por tal ilegalidade ao negar sequer a tutela jurídica para eventual pleito de valores investidos em decorrência do contrato, ainda permitindo punição adicional. Ocorre que, para além do instinto inicial (e já tivemos a oportunidade de pensar sobre algumas das causas que, no caso da corrupção, acionam nosso mecanismo intuitivo de resposta enérgica), se analisarmos a situação friamente, a abordagem da tolerância zero pode não ser a mais adequada.

Em primeiro lugar, esta abordagem tem como foco exclusivo evitar o contrato firmado sob corrupção. Sob sua lógica, tudo o que uma empresa pode fazer para evitar a

²²⁴As teorias citadas no laudo arbitral e mencionadas pelo autor são as mais diversas. No âmbito do direito privado dos contratos, o autor identifica duas delas: a teoria da agência e as teorias da ilegalidade e similares. A teoria da agência se refere aos contratos firmados com quebra de confiança entre o agente e o principal. Por esta teoria, o contrato firmado em quebra de confiança dá à parte lesada o direito a indenização correspondente à diferença entre o valor do contrato maculado pela corrupção e o valor do contrato firmado em bases equitativas. A teoria da ilegalidade, a teoria das mãos sujas e a teoria da ordem pública (*public policy*) são mais duras e, de forma similar, apontam como consequência dos contratos envolvendo atos de corrupção o direito do contratante lesado de não observar as obrigações contratuais (*avoidance*), quando, respectivamente, o contrato for produto de uma ilegalidade, de má-fé do corruptor, ou de atos que firam a ordem pública deste estado. No campo do Direito Internacional Público, o laudo arbitral cita julgados que consideram que o pagamento de suborno feriria a ordem pública internacional. (Nota: o nome da teoria das mãos sujas refere-se ao princípio da justiça da *equity* inglesa (aquela que julgava por equidade, em oposição à que julgava com base em leis escritas) de que “he who comes into equity must come with clean hands” (veja-se, por todos, *Precision Instr. Mfg. Co. v. Automative Maintenance Machinery Co.*, 324 U.S. 806, 814(1945). U.S. SUPREME COURT. **Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Co.**, 324 U.S. 806 (1945). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/324/806/>).

²²⁵DAVIS, Kevin E. *Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability*, cit., p. 25. O original diz: “The decisions in these cases clearly reflect the view that firms which deal with the government have an overriding obligation to combat bribery and endorse a zero-tolerance approach to the design of remedies for breach of that obligation.”

responsabilização é evitar o contrato firmado num ambiente em que essas situações ocorrem, o que pode ser extremamente custoso, principalmente quando se contrata com o governo de algumas jurisdições. Com isso, uma empresa que deseje evitar a responsabilização tem duas opções: incorrer nos custos de prevenção ou simplesmente evitar transações com jurisdições corruptas. A segunda hipótese já traria prejuízos às populações de países com maior índice de corrupção. Além disso, em um cenário em que o contrato tenha sido firmado, a empresa não terá qualquer incentivo para monitorar as atividades de seus representantes, detectar práticas de corrupção e informar a ocorrência de tais práticas, caso tenham sido verificadas. Afinal, sua responsabilização será sempre a mesma, independentemente de sua eventual diligência e colaboração.

Ainda segundo Davis, a tolerância zero trata de maneira igual situações que demandam tratamento distinto. O autor propõe que consideremos, a título de exemplo dois cenários: (i) no primeiro, por meio do pagamento de suborno, uma empresa consegue um contrato para construir uma usina hidroelétrica pelo valor de dez milhões em moeda local quando, na verdade, o mesmo equipamento poderia ser construído por cinco milhões; (ii) no segundo, um pagamento de suborno faz com que uma empresa privada obtenha a concessão de uma reserva em área de preservação ambiental para construir um hotel. No primeiro caso, a hidrelétrica sem o sobrepreço seria benéfica à população. Sob a perspectiva da tolerância zero, a empresa não tem incentivo para detectar e informar eventuais práticas de corrupção e, além disso, ao menor risco de que a prática seja detectada, provavelmente irá parar de fazer os investimentos necessários para construir ou terminar a obra, ou a construirá pelo menor preço possível, pois sabe que perderá todos os valores dispendidos caso a corrupção seja descoberta.

Neste cenário, seria mais interessante criar uma expectativa de responsabilização proporcional, em que, sendo reveladas ou descobertas práticas de corrupção, as consequências seriam aquelas previstas pela teoria da agência²²⁶, em que a parte que paga o suborno deve restituir apenas o “sobrepreço” do contrato. No segundo cenário, como se trata de uma construção indesejada, o governo contratante não tem interesse em sua realização e, por isso, não precisa criar uma expectativa no contratado de que os investimentos serão restituídos. Ainda assim, a responsabilização proporcional, neste cenário, embora recomende a não restituição do valor investido, pode ainda reservar alguma vantagem ao

²²⁶DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability, cit., p. 6 et seq.

contratado que eventualmente detecte a corrupção e a informe às autoridades. Caso contrário, a incumbência de investigar a prática de corrupção estará entregue totalmente ao Poder Público, que pode não dispor das ferramentas adequadas para tanto, principalmente em países onde ela ocorre com muita frequência.²²⁷

Assim, embora pareça contra-intuitivo, Davis também propõe uma abordagem mais flexível, com nuances, em relação à corrupção, como forma de alcançar a proteção do interesse social. Pode-se afirmar, a partir de mais este exemplo, que a academia traz sólidos argumentos para interpretar o dever de agir não como um dever em si mesmo de sempre aplicar a pena prevista em lei, e todas elas de forma cumulativa, mas o dever de agir segundo um horizonte de real proteção dos interesses tutelados em lei, reclamando uma política sancionadora que concilie credibilidade, sinalização social, respeito à ordem jurídica e os custos que pode gerar para a própria sociedade. Numa tal política sancionadora, a empresa jurisdicionada deve ter a expectativa de sobreviver ao processo de responsabilização conforme faz seus esforços para evitar o ilícito ou se compromete a cessá-lo, monitora suas práticas, faz a divulgação voluntária de ilícitos e/ou coopera com as investigações.

Essas diretrizes estão na Metodologia para Cálculo de Multas em Processos de Apuração da Responsabilidade, elaborada pelo Ministério da Transparência e aprovado pela Instrução Normativa nº 02/2018 do órgão, mas não é de observância obrigatória para órgãos como TCU, Ministério Público e controladorias dos Estados, o que fará, na falta da aplicação de padrões coerentes de responsabilização e, na ausência de lei regulando a matéria, com que inúmeros casos sejam submetidos ao Judiciário, cabendo a ele criar uma jurisprudência sobre mais este tema.

Levar em conta esforços da empresa para detectar, informar ou cessar práticas ilícitas ocorridas dentro da organização são diretrizes previstas também em diretivas não vinculantes do DoJ americano (em que se inspiram diversas autoridades de combate à corrupção, entre elas os integrantes da Força Tarefa da Operação Lava a Jato)²²⁸ e no capítulo do *Guidelines Manual* voltado à responsabilização das empresas (Capítulo 8).²²⁹ Aliás, o *Guidelines*

²²⁷DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability, cit.

²²⁸V. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Divison. **Evaluation of corporate compliance programs**. Washington-DC, Apr. 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: mar. 2019.

²²⁹UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Guidelines Manual** 2018. Washington-DC, 2018. Chapter 8 – Sentencing of organizations. p. 509-553. Disponível em: <https://www.uscc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>. Acesso em: maio 2019.

Manual indica de forma explícita a preocupação com a sobrevivência da empresa, desde que não se trate de pessoa jurídica utilizada primordialmente para a prática da atividade criminosa.²³⁰ A Seção 3 do Capítulo em referência, § 8C3.3., determina que o juízo deve diminuir a multa aplicada à empresa ré caso conclua que a fixação de multa dos termos dos *Guidelines Manual* prejudique de forma substancial a organização, mesmo na hipótese de parcelamento da multa imposta.²³¹

Com razão, Arlen aponta que é necessária uma jurisprudência – tanto judicial quanto administrativa – que, de forma consistente e coerente, respeite os indicativos dos *Guidelines Manual* e das diretivas informais do DoJ na aplicação de penas, e, antes disso, na própria instauração de processos contra empresas, de modo a limitar o quanto possível a discricionariedade dos órgãos de persecução, para que a política sancionadora atenda a seus objetivos não apenas de eficiência, mas de proteção da ordem jurídica e do interesse público, em último caso. Diz a autora:

Finalmente, até tempos recentes, historicamente havia muito pouca supervisão sobre se os promotores estavam empregando a responsabilidade corporativa para perseguir o objetivo final: impor responsabilidade sobre os indivíduos responsáveis por má conduta (Arlen, 1994; ver Arlen e Carney, 1992). Isto é importante porque os promotores que não são *jogadores-repetidos* contra corporações podem ser tentados (e parecem ter sido tentados) a aceitar um acordo que isole os indivíduos da acusação em troca de uma potencial manchete que mencione a condenação corporativa. Isso melhorou desde a promulgação de um memorando pelo então procuradora-geral adjunta Sally Quillian Yates (o memorando de Yates), que insta os promotores a perseguir indivíduos e aumenta a supervisão de suas decisões sobre esse assunto. No entanto, o impacto real sobre a responsabilidade individual continua a ser visto.

Todos estes três problemas resultam de uma preocupação mais geral. Os EUA lideraram o caminho ao adotar um regime que poderia ser usado para deter efetivamente o crime corporativo, mas o fizeram enfatizando o direito do promotor de reivindicar discricionariedade. O DoJ não forneceu uma orientação forte sobre as considerações políticas que devem orientar as determinações dos procuradores. Os promotores não foram claramente direcionados a se concentrarem na dissuasão como o principal objetivo da responsabilidade corporativa. Também não foram instruídos sobre o peso a ser colocado no self-reporting e na cooperação total na determinação da forma de resolução. De fato, o DoJ não aconselhou adequadamente os

²³⁰A seção 1 do capítulo, § 8C1.1 determina que, caso a empresa opere primordialmente para a prática e crimes ou por meio de crimes, a multa aplicada deve ser suficiente para que a pessoa jurídica fique privada de todos os seus ativos.

²³¹“§8C3.3 (b) The court may impose a fine below that otherwise required by §8C2.7 (Guideline Fine Range - Organizations) and §8C2.9 (Disgorgement) if the court finds that the organization is not able and, even with the use of a reasonable installment schedule, is not likely to become able to pay the minimum fine required by §8C2.7 (Guideline Fine Range - Organizations) and §8C2.9 (Disgorgement), Provided, that the reduction under this subsection shall not be more than necessary to avoid substantially jeopardizing the continued viability of the organization.”

promotores a reconhecer que as decisões que tomam em um caso individual podem afetar a capacidade de seus colegas promotores de induzirem as corporações a se autorrelatarem e cooperarem em casos futuros. Como resultado de seu fracasso em adotar uma abordagem mais reguladora e voltada para o incentivo à responsabilidade criminal corporativa, o Departamento de Justiça enfraqueceu a capacidade dos promotores de obter os benefícios mais importantes dos acordos criminais negociados com equipes multi-tarefa de responsabilidade corporativa. Em vez disso, as decisões tomadas por muitos gabinetes carecem da previsibilidade e do objetivo claro necessário para enviar a mensagem certa às empresas sobre como impedir a má conduta. Os benefícios potenciais dos acordos negociados continuam presentes, mas não estão sendo totalmente realizados como resultado da falta de orientação, regras e supervisão adequadas. (tradução nossa)^{232 233}

Com isso, podemos não só concluir que há fundamentos para que se tenha em conta a preservação da empresa também no campo da dosimetria das penas, como pela necessidade de se adotar a responsabilização sob tal horizonte de forma consistente. Tal entendimento está alinhado com dois objetivos que devem pautar o combate à corrupção, qual sejam: (i) a ampliação da competitividade nas relações e contratos com a Administração Pública, com a

²³²Original: "Finally, until recently, historically there was too little oversight of whether prosecutors were using corporate liability to pursue the ultimate objective: imposing liability on the individuals ultimately responsible for misconduct (Arlen 1994; see Arlen and Carney 1992). This is important because prosecutors who are not repeat-players against corporations may be tempted (and appear to have been tempted) to accept a deal that insulates individuals from prosecution in return for a potentially headline grabbing corporate conviction. This has improved since the promulgation of a memo by then-Deputy Attorney General Sally Quillian Yates (the Yates memo), which calls on prosecutors to pursue individuals and increases oversight of their decisions on this matter. Yet the actual impact on individual liability remains to be seen. These three problems all stem from a more general concern. The U.S. led the way in adopting a regime that could be used to effectively deter corporate crime, but did so by emphasizing the prosecutor's right to assert discretion. The DOJ did not provide strong guidance on the policy considerations that should drive prosecutors' determinations. Prosecutors have not been clearly directed to focus on deterrence as the primary goal of corporate liability. Nor have they been instructed about the weight to be put on self-reporting and full cooperation in determining the form of resolution. Indeed, the DOJ has not adequately counselled prosecutors to recognize that the decisions they make in an individual case can affect their fellow prosecutors' ability to induce corporations to self-report and cooperate in future cases. As a result of its failure to take a more regulatory, incentive-oriented, approach to corporate criminal liability, the Department of Justice has undermined prosecutors' ability to achieve the most important benefits of negotiated criminal settlements with multi-tiered corporate liability. Instead, the decisions by many offices lack the predictability and clear purpose needed to send the right message to firms on how to deter misconduct. The potential benefits of negotiated settlements remains present, but are not being fully realized as a result of the failure to provide adequate guidance, rules, and oversight."

²³³O Memorando Yates, em verdade, não traz considerações explícitas sobre qualquer preocupação com a preservação da empresa, mas emite uma orientação muito clara no sentido de que as investigações civis e criminais de ilícitos corporativos devem se basear, desde a sua instauração, nos agentes que tenham contribuído para a prática dos ilícitos. O documento chega inclusive a recomendar que não sejam feitos acordos para suspender ou por fim a processos sem que as empresas concordem em informar quais foram as pessoas físicas que praticaram ilícitos dentro da empresa, colocando-as no centro da persecução (e daí tirando, portanto, as pessoas jurídicas). V. YATES, Sally Quillian. **Memorandum from Sally Q. Yates, Deputy Attorney Gen., U.S. Dep't of Justice, to all component heads and United States attorneys.** Washington-DC, 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. Acesso em: mar. 2019.

redução da aversão a tais situações jurídicas por agentes de mercado que não são corruptos, temem serem associados à práticas corruptas e, principalmente, têm receio das graves consequências de um processo de anticorrupção caso participem de licitações ou pratiquem *lobby*; e (ii) a criação de incentivos para que as próprias empresas adotem medidas de *compliance* e fiquem vigilantes à prática de atos ilegais na sua esfera corporativa, uma vez que considerará a relação de causalidade entre a ausência de adoção de tais práticas e a noção de culpa das empresas.

Antes de encerrar este capítulo, faço uma breve consideração sobre a responsabilização da empresa em contextos sistêmicos, em que todas as empresas de um certo mercado são atingidas por uma investigação, como ocorreu com a Operação Lava a Jato e com a crise do *Subprime* de 2008.

3.4. O critério de preservação das empresas e mercados em um contexto de crise sistêmica – considerações e uma comparação

No item 3.1 deste Capítulo 3, procuramos demonstrar que a Constituição Econômica tutela as empresas e os mercados em funcionamento ótimo, não apenas visando à proteção da propriedade, mas também como forma de proteção da sociedade em geral. Daí porque demonstramos que a proteção da empresa e do dinamismo dos mercados pode corresponder, também, ao interesse público (empresas geram emprego e renda). Essas considerações, se são válidas quando se considera a responsabilização e consequências econômicas e sociais no caso de empresas individualmente consideradas, assumem dimensão ainda mais significativa num cenário onde são implicadas diversas empresas de um mesmo segmento, em proporções capazes de gerar crises. Este foi o caso da Operação Lava a Jato e também o da deflagração da crise do *subprime*, nos Estados Unidos. No entanto, as diferenças em termos de reação do Poder Público, em um e outro caso, foram dramáticas.

A ampla disseminação das práticas ilícitas perpetradas por empresas do setor de construção pesada no Brasil fazem prova de como as ilicitudes são produto de um esquema que vai além delas – tem razões estruturais na forma de relacionamento entre Estado e empresas no Brasil, que no caso do setor de infraestrutura apresenta origens históricas particulares. Daí porque vimos insistindo que, mais que um esquema de corrupção, ou a

repetição de esquemas de corrupção em cadeia, trata-se de uma situação de déficit de governança em que vinham operando as empresas e a Administração Pública.

A situação guarda suas semelhanças com a Crise do *Subprime* de 2008²³⁴, que esteve longe de ser apenas uma crise de fim de ciclo econômico (e, como se sabe, tomou proporção internacional, detonando a crise financeira global de 2008). É perfeitamente possível identificar elementos de má governança na relação entre bancos e reguladores que contribuíram para a crise²³⁵. A captura regulatória, em verdade, é apontada por diversos autores como um fator decisivo²³⁶. Foi a partir dela que, nos Estados Unidos²³⁷, se permitiu,

²³⁴A crise do *subprime* foi produto do colapso do sistema bancário americano, que, em 2008, estava altamente alavancado em produtos financeiros de alto risco. As grandes instituições financeiras americanas possuíam à época bilhões de dólares investidos em produtos financeiros estruturados sobre empréstimos arriscados, entre eles hipotecas imobiliárias de solvência questionável (tratava-se de hipotecas de valor considerável, sem garantias adicionais, tomadas por clientes abaixo do seguimento *prime* – daí o nome *subprime*). Com a desconfiança de que essas hipotecas não poderiam ser quitadas, os bancos não mais conseguiram rolar as dívidas garantidas por estes produtos, o que abalou a confiança dos investidores, depreciando o valor dessas instituições e afetando a confiança do mercado em todo o sistema, o que contribuiu ainda mais para a contração do crédito bancário e corrosão da economia em cadeia. Apesar de o mercado de hipotecas imobiliárias ter sido o primeiro a ruir, desencadeando a crise, outros produtos do mercado financeiro sem garantias substanciais perderam valor e causaram enormes prejuízos a seus emissores e titulares, como os *credit default swaps* (CDS) e as *collateralized debt obligations* (CDOs). V. BAKER, Andrew. Restraining regulatory capture? Anglo-America, crisis politics and trajectories of change in global financial governance. *International Affairs*, v. 86, n. 3, p. 647-663, May 2010; KATZ, Jonathan G. Who benefited from the bailout? *Minnesota Law Review*, v. 95, n. 5, p. 1568-1613, 2011. Disponível em: http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/05/Katz_PDF.pdf. Acesso em: maio 2019; e JOHNSON, Simon. The quiet coup. *The Atlantic*, May 2009. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/>. Acesso em: mar. 2019.

²³⁵Discordo, neste ponto, de Carolina Barros Fidalgo, que considera os investimentos feitos pelo Tesouro Norte-Americano em instituições financeiras privadas durante a crise do subprime em 2008 como medidas anticíclicas. Estes investimentos não visavam solucionar um problema de desaquecimento da economia, mas evitar um colapso econômico gerado não pelo fim de um ciclo de investimentos, mas pela deterioração de um sistema altamente alavancado e desenvolvido à margem da regulação financeira que começou a ruir em suas bases. V. FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 381-384.

²³⁶V. JOHNSON, Simon. op. cit.; KATZ, Jonathan G. Who benefited from the bailout?, cit.; BAKER, Andrew. op. cit. Para uma visão extremamente cãndida da captura regulatória pela indústria financeira nos Estados Unidos Cf. BAXTER, Lawrence G. Understanding regulatory capture: an academic perspective from the United States. In: PAGLIARI, Stefano (Ed.). **The making of good financial regulation: towards a policy response to regulatory capture**. London: International Centre for Financial Regulation, 2012. p. 31-39. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2587>. Acesso em: mar. 2019.

²³⁷Baker aponta que instituições britânicas também obtiveram regulação favorável por meio dos mesmos instrumentos de captura do governo inglês (cit. p. 650). Além disso, instituições financeiras americanas e britânicas trabalharam, juntas, na captura de reguladores internacionais, despenhando grande protagonismo na busca por influenciar a regulação também nesta esfera. Diz Baker, ao descrever o que chama em seu trabalho de uma “captura regulatória” de múltiplos níveis: “Regulatory capture was extended beyond national agencies in the US and the UK into the international arena by direct and indirect effects. A direct effect involved lobbying of BCBS [Basel Committee on Banking Supervision] by the Institute of International Finance (IIF), an umbrella industry body dominated by the world’s leading banks. The IIF not only wrote the first version of what became the Basel II agreement, which established a reliance on internal risk management systems based on state-of-the-art value-at-risk models for the biggest banks, but also engaged in continuous consultations with the BCBS, effectively allowing the IIF, as the regulated body, to ‘write the entire Basel II policy script.’ The indirect effect at work in these settings stemmed from a tendency for other states to defer

ao longo de mais de duas décadas, uma regulação financeira extremamente permissiva, que levou instituições financeiras a crescerem enormemente, mas ao custo de tomarem riscos cada vez mais excessivos. Por meio de intenso lobby – incluindo doações eleitorais milionárias²³⁸ –, rotatividade de profissionais ligados à indústria financeira entre cargos do primeiro escalão do governo – notadamente órgãos do tesouro e reguladores – e posições de liderança no setor privado (o fenômeno conhecido como *revolving doors*)²³⁹ e uma estratégia ampla de dominação até mesmo do debate intelectual sobre regulação financeira, os grandes bancos americanos obtiveram do governo medidas que lhes foram bastante favoráveis até 2008, às custas de um enorme risco para a economia como um todo, que viria a se materializar naquele ano. Tais políticas envolveram, majoritariamente: (i) a não aplicação (*repeal*) da *Glass-Steagall Act*, a lei promulgada no pós grande depressão que separava os bancos de investimento dos bancos de crédito, o que aos poucos acabou permitindo que bancos de investimento adotassem o modelo de originar para distribuir (“*originate to distribute*”), em que um banco gerava uma operação de crédito ou outro tipo de operação financeira para emitir valores mobiliários lastreados nesta operação, como forma de diluir o risco do produto – o risco é diluído, mas o “reempacotamento” dos ativos em espiral causa o efeito inverso²⁴⁰; (ii) o banimento de regulação sobre os CDS e outros derivativos *over the counter*, que acabaram se tornando uma forma de seguro distribuído a qualquer interessado

to US and UK representatives on regulatory questions, because they were home country regulators for institutions in the City of London and Wall Street and therefore had more exposure to the latest practices and Technologies of the biggest banks and the best grasp of the issues at stake. Indirectly, leading banks in the US and UK were therefore able to shape international regulatory debates in the BCBS through disproportionate international influence exercised by US and UK officials.” BAKER, Andrew. op. cit., p. 650-651.

²³⁸A influência de Wall Street sobre a política americana fez com que Simon Johnson, com a autoridade de quem presidiu o Fundo Monetário Internacional, chamasse o pequeno grupo de pessoas que controlam as maiores instituições financeiras do país de oligarquia financeira, apontando que esta é a oligarquia dominante no país. V. JOHNSON, Simon. op. cit.

²³⁹“A rota usual nos Estados Unidos, no entanto, pareceu envolver um movimento da indústria para o papel das políticas públicas, seguida por um retorno para a indústria. Um “corredor Wall Street-Washington” parece estar operando nos Estados Unidos por mais de dez anos, com muitos egressos da Goldman Sachs em particular assumindo posições chave no Tesouro e no Federal Reserve.” (tradução livre) BAKER, Andrew. op. cit., p. 652. Texto original: “The usual route in the US, however, appeared to involve a move from the industry into a public policy role, followed by a return to the industry. A ‘Wall Street-Washington corridor’ appears to have been in operation in the United States for over ten years, with many Goldman Sachs alumni in particular taking up key public policy posts at the Treasury and the Federal Reserve.”

²⁴⁰V. KATZ, Jonathan G. Who benefited from the bailout?, cit., p. 1613. “(...) the banking regulators, over a thirty-year period, administratively eased or eliminated the Glass-Steagall prohibitions on riskier bank lending. During the 1980s, the Fed, through its broad exemptive authority, permitted banks, in short succession, to own retail brokerage subsidiaries; to own and trade in a holding company proprietary account any form of equity, debt, or derivative security; to underwrite municipal securities; and to underwrite corporate securities. (...) Not surprisingly, the largest banks are no longer primarily lenders. They are financial intermediaries that generate revenue and profits from loan origination and servicing, securitization, investment banking, management of investment portfolios, traders of government securities and foreign currencies and as the dominant participants in the OTC derivatives market.”

em adquiri-lo, não apenas àqueles que teriam um risco segurável (*insurable interest*), mas com proporções descabidas entre o valor de indenização em caso de inadimplência e o valor da própria obrigação²⁴¹; (iii) requisitos de adequação de capital (quantidade de reservas de capital que uma instituição deveria ter proporcionalmente ao risco tomado pela instituição, sobretudo em atividades de crédito) cada vez menos rígidos; (iv) políticas regulatórias que deixavam o mercado financeiro, principalmente a atividade não estritamente creditícia, entregue à auto regulação pelos próprios agentes, confiando nos sistemas de análise de risco destas instituições. Essas políticas fizeram o setor financeiro crescer exponencialmente em importância, distribuindo bilhões em dividendos e bonificações a executivos, à custa de riscos que, quando materializados, causaram prejuízos a todos os contribuintes.

Nem as agências de classificação de risco (*rating*), embora fossem privadas, foram poupadas do envolvimento na crise. As agências de *rating* falharam em prever as vulnerabilidades de certos ativos e seus emissores. Esta falha é atribuída à baixa competição entre as agências que, aproveitando sua confortável posição de mercado, deixaram de investir em ferramentas atualizadas e processos rigorosos de auditoria legal dos ativos que classificavam, não obstante seus altos lucros. Além disso, as agências funcionam em um modelo de negócios que também engendra contínuo conflito de interesses, tendo em vista que os emissores das operações estruturadas é que pagam pelo serviço de classificação de risco²⁴².

Este esquema de captura que guarda semelhanças importantes com aquele criado entre políticos e empresários do setor de construção pesada e infraestrutura em anos recentes no Brasil – concentração de mercado, doações eleitorais para direcionamento de políticas favoráveis, conexões fundamentais entre setor privado e Poder Público que levaram à implementação de políticas capazes de trazer ganhos a um segmento à custa de perdas sofridas pela comunidade em geral – chegou mesmo a ser classificado como uma forma de corrupção, no sentido amplo, não estritamente criminal da palavra, por Daniel Kaufmann²⁴³.

²⁴¹Katz esclarece que, embora as hipotecas imobiliárias são apontadas como as causadoras da crise, os CDSs foram seu grande catalizador. Grandes brancos americanos eram grandes investidores nestes instrumentos. V. KATZ, Jonathan G. Who benefited from the bailout?, cit., p. 1613.

²⁴²KATZ, Jonathan G.; SALINAS MUNOZ, Emanuel; STEPHANOU, Constantinos. Credit rating agencies: no easy regulatory solutions. **Crisis Response Policy Brief**, The World Bank Group, Financial and Private Sector Development Vice Presidency, n. 8, Oct. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228200277_Credit_Rating_Agencies_No_Easy_Regulatory_Solutions. Acesso em: mar. 2019.

²⁴³KAUFMANN, Daniel. Corruption and the global financial crisis. **Forbes**, New York, Jan 27 2009. Disponível em: https://www.forbes.com/2009/01/27/corruption-financial-crisis-business-corruption09_0127corruption.html#2dc222bb61b3. Acesso em: mar. 2019.

E, diante deste esquema, quando deflagrada a crise, o que fizeram os Estados Unidos? Investiram bilhões nas instituições financeiras em dificuldade, chegando, inclusive, a obter lucros em algumas dessas operações. Ao perceber que as maiores instituições financeiras americanas estariam à beira da insolvência e em meio a um clima de pânico no mercado financeiro, o Poder Executivo submeteu ao Congresso Americano o projeto que, aprovado com algumas modificações, deu origem à *Emergency Economic Stabilization Act of 2008* (EESA) (grosseiramente traduzindo: Lei de Estabilização Econômica de Emergência de 2008). Os objetivos da lei eram dotar o Secretário do Tesouro de competências e recursos necessários ao restabelecimento da liquidez e estabilidade do sistema financeiro americano. Tais recursos deveriam ser utilizados para (i) proteger o valor das residências e poupanças para educação e aposentadoria; (ii) preservar a propriedade das casas pelos mutuários e promover empregos e crescimento econômico; (iii) maximizar retornos (sobre os ativos temporariamente adquiridos e outras operações de crédito) para o contribuinte; e (iv) estabelecer padrões de controle (*accountability*) das ações tomadas com base na lei²⁴⁴.

Com este objetivo, a lei criou o *Troubled Assets Relief Program* (Programa de Remediação dos Ativos Problemáticos) (TARP), que autorizava o tesouro americano a comprar estes ativos, ou a garanti-los. O valor autorizado de gastos pelo Tesouro Americano autorizado pelo TARP foi de até US\$ 700 bilhões. Menos de US\$ 400 bilhões foram efetivamente utilizados. A EESA determinava que as ações do Tesouro Americano buscassem trazer participação privada para as operações de financiamento das instituições em crise e que, nos casos de atuação direta do Tesouro, fossem privilegiados instrumentos de mercado. Ainda, as empresas nas quais o Tesouro Americano passasse a ter alguma participação deveriam adotar medidas de governança corporativa e restrição à remuneração de executivos fixadas pelo Governo. Por fim, as operações feitas com base na lei foram submetidas ao General Comptroller Office (o auditor público do governo federal americano) e a uma inspetoria especial criada pela lei (o *Office of Special Generation Inspection for the Troubled Assets Relief Program* (SIGTARP)).

Um dos subprogramas desenvolvidos no âmbito do TARP foi o Programa de Aquisição de Capital (*Capital Purchase Program*), por meio do qual o Tesouro Americano poderia investir em instituições financeiras ainda viáveis, para que elas pudessem continuar operando e retomassem a oferta de crédito na economia. Entre 2008 e 2009, o CPP investiu US\$ 204,9 bilhões em 707 instituições. 80% deste valor foi direcionado aos maiores bancos,

²⁴⁴EESA, Artigo 2.

sujeitos a um processo de supervisão de capital que deveria verificar a solidez destes bancos ao saírem do TARP. Até Setembro de 2011, 16 dos 17 bancos que receberam as maiores quantidades de investimento pelo programa já haviam repago o montante principal do valor investido pelo Tesouro, que recebeu também US\$ 25,6 bilhões em dividendos e outros retornos de capital.²⁴⁵

Fora do programa SCAP, o grupo segurador AIG, que recebeu um socorro financeiro de US\$ 182 bilhões, das mais variadas formas, terminou de repagar este valor ao Tesouro Americano em 2013, com lucro adicional de US\$ 22,7 bilhões.²⁴⁶

Numa solução público-privada para evitar a falência do Bear Stearns, o Tesouro Americano fez um empréstimo de curto prazo ao JP Morgan, para que este adquirisse o primeiro. O Tesouro ainda financiou a maior parte da aquisição de ativos tóxicos que teriam que ser removidos no balanço do Bear Stearns para viabilizar a operação.

Programas mais diversos foram criados, todos com a intenção de minimizar os efeitos da crise sobre a população de menor renda (embora todos atuassem via socorro de instituições financeiras). O *Public-Private Investment Program* (Programa de Investimento Público Privado) foi criado para reanimar mercados de crédito que estavam então paralisados. O programa previa o co-investimento do Tesouro em fundos de investimento selecionados, cujo objetivo era a aquisição de ativos antigos imobilizados. O *Unlocking Credit For Small Business Program* (Programa de Destramento de Crédito para Pequenos Negócios) foi criado para reativar o mercado secundário de valores mobiliários lastreados em operações de crédito para empresas de menor porte. Finalmente, o *Home Affordable Modification Program* (Programa de Modificação Lar “Pagável”) foi criado para auxiliar

²⁴⁵OFFICE OF THE SPECIAL INSPECTOR GENERAL FOR THE TROUBLED ASSET RELIEF PROGRAM - SIGTARP. **Exiting TARP:** repayments by the largest financial institutions. Special Inspector General for the Troubled Asset Relief Program, September 29, 2011. Disponível em: https://www.sig tarp.gov/Audit%20Reports/Exiting_TARP_Repayments_by_the_Largest_Financial_Institutions.pdf. Acesso em: mar. 2019.

Até o fim de 2009, as seguintes instituições havia feito o repagamento do montante principal: JPMorgan Chase & Co.: US\$25.000.000.000,00, Goldman Sachs Group, Inc.: US\$10.000.000.000,00, Morgan Stanley: US\$10.000.000.000,00; U.S. Bancorp: US\$6.599.000.000,00; Capital One Financial Corp.: US\$3.555.199.000,00; American Express Co.: US\$3.388.890.000,00 BB&T Corp.: US\$3.133.640.000,00; Bank of New York Mellon Corp.: US\$3.000.000.000,00; State Street Corp. \$2.000.000.000,00; Bank of America Corp. \$25.000.000.000,00; Wells Fargo & Co.: US\$25.000.000.000,00. Em 2010, The PNC Financial Services Group, Inc. e Citigroup Inc. repagaram, respectivamente, US\$7.579.200.000,00 e \$25.000.000.000,00. Em 2011, repagaram os investimentos Fifth Third Bancorp: US \$3.408.000.000,00, KeyCorp: US\$2.500.000.000,00, Regions Financial Corp. US\$3,500,000,000,00 e SunTrust Banks, Inc.: US\$4,850,000,000,00. Apenas GMAC (hoje Ally Financial) não havia feito o repagamento ainda. Id. Ibid., p. 80.

²⁴⁶Dados do CNBC. Consumer News and Business Channel. Disponível em: <https://www.cnbc.com>. Acesso em: mar. 2019.

mutuários de financiamentos imobiliários a renegociar suas hipotecas. Esses programas, por serem mais dispersos, obtiveram resultados menos expressivos que as grandes operações de socorro financeiro.

Muitas outras operações financeiras foram feitas pelo Governo Americano. Os exemplos aqui trazidos apenas ilustram que a reação do Estado Americano diante da Crise do *Subprime* – que se anunciava sistêmica, ou seja, não isolada em apenas uma empresa e com potencial de contaminar outros setores da economia - foi completamente diversa do que se fez no Brasil até agora quando a Lava a Jato começou a trazer grandes impactos negativos sobre a economia brasileira. Lá, o objetivo primordial da ação estatal passou a ser o salvamento das empresas e do mercado financeiro.²⁴⁷

Obviamente, as ações tomadas com base da EESA não estiveram isentas de críticas. Autores apontam que as operações de salvamento foram feitas em condições tão favoráveis aos bancos que passaram, elas mesmas, a fazer prova de que a captura do Estado Americano pelas grandes instituições financeiras persistia e ainda persiste à crise²⁴⁸. Estes e outros autores, no entanto, não deixam de reconhecer que as medidas então tomadas foram fundamentais para evitar danos maiores aos cidadãos americanos em geral. A economia americana levou seis anos para se recuperar, enquanto outras economias levaram em média oito anos para superarem suas crises²⁴⁹. A taxa de desemprego americana é relativamente baixa atualmente e o produto interno bruto do país ajustado à inflação cresceu 6,7% entre 2007 e 2017, enquanto países europeus afetados pela mesma crise financeira tiveram crescimento na casa dos 3%²⁵⁰.

²⁴⁷Houve também uma operação de socorro a uma empresa não financeira, a General Electric. Trato das empresas financeiras apenas, tendo em vista que estas estiveram no epicentro da crise e das ações de socorro, razão pela qual a literatura jurídica sobre o tema se concentra no setor.

²⁴⁸V. BAKER, Andrew. op. cit.; KATZ, Jonathan G. Who benefited from the bailout?, cit., p. 1568-1613; e JOHNSON, Simon. op. cit. Simon Johnson, lista algumas medidas específicas que, a seu ver, teriam sido menos amáveis com os bancos e mais aderentes ao interesse dos contribuintes em geral, como a nacionalização de alguns bancos para que eles fossem devidamente saneados por meio da liquidação de todos os seus ativos problemáticos, para posterior reprivatização. O relatório da SIGTARP mencionado no estudo também lamenta que algumas instituições sob o SICAP não chegaram a obter índices seguros de adequação de capital ao deixarem o programa, comprometendo o esforço de estabilização da economia no longo prazo.

²⁴⁹Média calculada com base no estudo de REINHART, Carmem M.; ROGOFF, Kenneth S. Recovery from financial crises: evidence from 100 episodes. **NBER Working Paper** n. 19823, Cambridge-Mass: National Bureau of Economic Research. Jan. 2014. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w19823.pdf>.

²⁵⁰IRVIN, Neil. The policy makers saved the financial system and America never forgave them. **The New York Times**, New York, Sept. 12 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/09/12/upshot/financial-crisis-recession-recovery.html>. Acesso em: mar. 2019. Também publicado na edição impressa de 16 set. 2018, sob o título “3 Heroes of the Crisis, Paid in Rage”.

O cenário da Crise do *Subprime* guarda suas diferenças com o agravamento da crise econômica causado pela Lava a Jato. O setor financeiro tem uma grande tendência ao risco sistêmico – a quebra de um agente pode contaminar facilmente todo o mercado. A economia americana era e ainda é mais pujante que a brasileira, o que permitiu o plano de socorro às instituições financeiras. Embora a relação de captura entre regulados e reguladores seja responsável por boa parte da crise, políticos e reguladores americanos não foram flagrados com valores oriundos de suborno em suas contas pessoais. Mas mesmo com as relativizações que a comparação requer, é possível identificar, pelo exemplo americano, a existência de uma outra lógica para o dever de agir. Uma lógica que considere o dever do Estado de agir para evitar efeitos econômicos desastrosos que afetem os cidadãos de modo geral, estando este dever em pé de igualdade com o dever de agir para buscar a responsabilização de mal feitos e restituir prejuízos ao erário.

No caso brasileiro, sequer era necessário ao Estado injetar bilhões em moeda local nas empresas. Bastava coordenar para que entes da Administração Pública não paralisassem obras em andamento e não deixassem de fazer os pagamentos contratuais devidos às empreiteiras investigadas, que bancos públicos oficiais não deixassem de fazer os desembolsos previstos em empréstimos já contratados e que, para viabilizar estas duas primeiras ações, os órgãos de controle chegassem a bom termo quanto ao acordo de leniência²⁵¹, ou ao menos sinalizassem à sociedade em geral que as empresas seriam responsabilizadas, mas dentro de um horizonte de sua preservação. Nesta última hipótese, não teríamos, por exemplo, o BNDES amedrontado diante da possibilidade de fazer desembolsos em favor das empreiteiras para depois ter seus executivos acionados em eventual ação civil pública por improbidade administrativa, sob a alegação de que haviam investido dinheiro público em empresas fadadas à falência, tendo em vista as restituições milionárias que o gestor público teria a obrigação de considerar devidas.

Nesse sentido, Mauricio Portugal Ribeiro²⁵² faz o diagnóstico do ciclo vicioso iniciado pela escassez de liquidez gerada pela Lava a Jato, que culminou em um ciclo de

²⁵¹Um registro do quanto este passo era necessário para que o BNDES retomasse seu apoio a diversos projetos de infraestrutura pode ser identificado na entrevista pela então presidente do banco, Maria Silvia Bastos, ao *Jornal Valor Econômico*. V. GÓES, Francisco; ROMERO, Cristiano. Para BNDES, sem aderência de outros órgãos, leniência não dá segurança. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/4905094/para-bndes-sem-adesao-de-outros-orgaos-leniencia-nao-da-seguranca-juridica>. Acesso em: mar. 2019.

²⁵²RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Remediando os problemas de liquidez para evitar o colapso do setor de infraestrutura brasileiro**. Versão 10 em 26 janeiro 2015. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/remediando-os-problemas-de-liquidez-do-setor-de-infraestrutura10-limpa.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

insolvência, demissões em massa e uma forte crise para o setor de infraestrutura nacional. O autor salientava que, em diversas obras paralisadas, sequer havia suspeita de irregularidade, mas uma mera expectativa de que a empresa fosse declarada inidônea (o que juridicamente não deveria ter qualquer consequência no âmbito do contrato, muito menos a suspensão de pagamentos). Ademais, algumas das paralisações se deram em contratos das empresas investigadas com Estados e Municípios, enquanto os efeitos jurídicos da declaração de inidoneidade eram até algum tempo limitados ao âmbito de investigação das operações (no caso, o federal).

Portugal Ribeiro também indicou um conjunto de medidas que poderiam ser tomadas para impedir o agravamento da situação das empresas de infraestrutura, mas essas medidas não foram adotadas, como ocorreu como o plano de Warde Jr., Bercovici e Siqueira para salvar o projeto nacional de infraestrutura. Com efeito, uma diferença básica nos casos americano e brasileiro parece ter sido decisiva para que os desfechos tivessem sido tão diferentes: no caso do Brasil, não havia condições institucionais para que, por exemplo, fosse aprovada uma lei ou um plano indicando as medidas que seriam tomadas para preservar as empresas investigadas, como ocorreu nos EUA, com a aprovação da EESA. Sequer a MP da Leniência foi convertida em lei, porque também manchada pelas investigações de corrupção. Parece que, àquela altura, nenhuma medida que pudesse beneficiar as empreiteiras conseguiria aprovação no Congresso Nacional sem o pagamento de um pedágio, ainda que se tratasse de algo benéfico à população em geral. O déficit de governança aliado a pressupostos jurídicos míopes engendra suas armadilhas.

CAPÍTULO 4. AINDA HÁ ALGUM CAMINHO PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA?

Não é incomum que a grandes escândalos de corrupção ou malversação de dinheiro público, bem como que a cada ciclo de exaustão de um certo modelo de intervenção do Estado na economia, surjam vozes apontado a diminuição ou quase eliminação da atuação estatal na economia como grande solução para os problemas que vão sendo identificados.²⁵³ Essas soluções genéricas vêm inclusive acompanhadas de alguma confusão entre excesso de regulação, excesso de empresas estatais e inadequação das relações entre Estado como investidor e um número limitado de entes privados favorecidos por suas políticas, o que torna difícil a reflexão sobre potenciais soluções realmente efetivas para cada caso²⁵⁴.

Assim, antes de prosseguir, é importante fazer uma distinção terminológica. Assume-se, neste tese, a definição de privatização adotada pela OCDE, segundo a qual pode ser considerada como privatização “qualquer transação material por meio da qual a participação do Estado em sociedades personificadas é reduzida” (tradução nossa)²⁵⁵. Mas

²⁵³O ministro da Economia do atual governo Bolsonaro, Paulo Guedes, defendeu a privatização de todas as empresas estatais nacionais (PAMPLONA, Nicola; VETTORAZZO, Lucas. 'Tem que ir tudo', diz Guedes ao defender privatização das estatais. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/em-evento-no-rio-presidentes-de-estatais-defendem-privatizacao.shtml>. Acesso em: mar. 2019). Discurso semelhante é o do Secretário da Fazenda do Governo de São Paulo (OLIVEIRA, Germano. Henrique Meirelles: São Paulo vai privatizar tudo o que for possível. **Isto É**, São Paulo, n. 2569, 22 mar. 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/sao-paulo-vai-privatizar-tudo-o-que-for-possivel/>. Acesso em: mar. 2019). Outros candidatos às eleições de 2018 também trataram da privatização defendendo a privatização de quase todas estatais, tal como Álvaro Dias, ou de todas as estatais, tal como João Amôdo (GÓES, Bruno; JUNGBLUT, Cristiane. Álvaro Dias diz ser a favor da privatização com exceção da Petrobras, do BB e da Caixa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/alvaro-dias-diz-ser-favor-da-privatizacao-com-excecao-da-petrobras-do-bb-da-caixa-22751663>. Acesso em: mar. 2019; GOVERNO não deve ter empresa. Vamos privatizar tudo, até Petrobras”, diz Amoêdo. **Gazeta do Povo**. 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/eleicoes-2018/governo-nao-deve-ter-empresa-vamos-privatizar-tudo-ate-petrobras-diz-amoedo-5ynwolmipx63fnrwnifupm8tr/>. Acesso em: mar. 2019).

²⁵⁴Por exemplo, Alana Rizzo e Joel Velasco, que afirmam que a “overdose regulatória” é uma consequência do capitalismo de laços. Ora, um Estado pode ter economia desregulamentada e, ainda assim, operar sob um *crony capitalism*, com o Estado investindo apenas em algumas empresas. Neste caso, a desregulamentação facilitaria este cenário, sobretudo se ocorrer na área das relações de concorrência. V. RIZZO, Alana; VELASCO, Joel. As empresas conseguem migrar do *crony capitalism* (capitalismo de laços) para práticas integras de interação com o governo? In: SELIGMAN, Milton; MELLO, Fernando (Orgs.). **Lobby desvendado: democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 197.

²⁵⁵ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Privatization in the 21st Century: recent experience from OECD Countries**. Report on Good Practices. OECD Publishing, Jan. 2009. p. 5. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48476423.pdf>. Acesso em: mar. 2019. O texto original diz: “As privatisation may be considered any material transaction by which the state’s ultimate ownership of corporate entities is reduced”.

há outros meios de transferência da prestação estatal a entes privados, que são as operações de desestatização em geral. Estas incluem não apenas a privatização, mas também as demais formas de delegação contratual de serviços públicos e outras atividades de interesse coletivo, tais como concessão, permissão, autorização, arrendamentos de ativos públicos etc. São também formas de delegação de serviços ou funções públicas aquelas que se dão por vias institucionais (e não contratuais), como é o caso dos conselhos de regulação profissional criados em lei (do qual são exemplos o Conselho Regional de Engenharia e a Ordem dos Advogados do Brasil) e, em última instância, sem expressão de uma vontade explícita de delegar, o deferindo de parte da função estatal a outros entes, como é o caso da incorporação da arbitragem por câmaras privadas no ordenamento jurídica.

Ao lado desta distinção terminológica, adoto como ponto de partida (e chegada) das reflexões aqui trabalhadas a proposta de Sérgio Lazzarini e Aldo Musacchio, para quem a atuação do Estado na economia deve ser considerada nas mais diversas formas em que ela se dá, ao invés de tomada como um “modelo monolítico oposto ao livre mercado”.²⁵⁶

Neste último capítulo anterior à conclusão da tese, argumento que, se a privatização, ou, de forma ampla, a desestatização, é um caminho para resolver uma parte dos problemas de corrupção ao “remover certos ativos do controle estatal e converter atos administrativos discricionários em escolhas privadas, orientadas por razões de mercado” (tradução nossa)²⁵⁷, ela não pode ser tomada como uma panaceia instantânea, pelas razões a seguir tratadas. A primeira delas é que as desestatizações realizadas fora do ambiente institucional adequado podem não levar a uma melhora da governança nas relações entre Estado e entes privados, apenas transferindo parcialmente os comportamentos rentistas de agentes públicos para monopolistas privados. Daí não se poder dizer que a desestatização seria um remédio instantâneo.²⁵⁸

A segunda razão é que, em certos casos, a necessidade de presença do Estado em certas áreas é inafastável, embora haja espaço para sua redução. Trata-se dos casos em que o Estado deverá, necessariamente, atuar como provedor de um serviço ou atividade. Nessas

²⁵⁶MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**, cit., p. 295.

²⁵⁷ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and government: causes, consequences and reform**, cit., p. 117. O texto original diz o seguinte: “Privatization can reduce corruption by removing certain assets from state control and converting discretionary official actions into private market-driven choices.”

²⁵⁸Salienta-se, aliás, que muitos dos fatos investigados na Lava à Jato se referem a atividades desestatizadas, em que há a delegação de serviços públicos, como é o caso das concessões de rodovias. Há também exemplo de estatais privatizadas que, mesmo assim, tiveram envolvimento em casos de corrupção. Cite-se a Embraer, cujos ex-executivos foram condenados ao pagamento de propina em negociações de venda e avião em Moçambique, República Dominicana, Índia e Arábia Saudita.

situações, pode-se terceirizar ou delegar parte da prestação, mas não se pode substituir a atuação estatal por completo, permanecendo o serviço ou atividade de titularidade estatal. Assim, tão importante quanto privatizar é melhorar as condições de governança dentro e fora do Estado. O mesmo ocorrerá para os casos em que, embora se prescindia da presença do Estado, em tese, a privatização não é viável por questões políticas ou de segurança nacional. Também é o caso das atividades que embora não sejam legadas ao Estado de maneira literal, como ocorre com os chamados serviços públicos e direitos fundamentais, devem ser assumidas pelo Estado justamente para a promoção de outros bens – estes sim consagrados constitucionalmente. É o caso das atividades de fomento à inovação e apoios industriais seletivos que, ao contrário do que pode indicar o senso comum, são praticados inclusive em economias liberais.

Tratando da primeira questão, Susan Rose-Ackerman destaca que nem sempre a remoção de um ativo das mãos do Estado significa sujeitá-lo à disciplina dos mercados, sobretudo quando o ativo envolve a exploração de monopólios. As empresas privadas que deterem estes ativos terão altos incentivos para capturar o regulador, inclusive por vias ilegais, para obter regulação favorável, o que fica facilitado quando o arcabouço regulatório não for forte e experiente. No caso da privatização das empresas geradoras de energia na Califórnia, nos anos 90, o objetivo de trazer maior eficiência aos mercados e menores preços ao consumidor foi frustrado. As empresas recém privatizadas, por meio de lobby, conseguiram desregulamentar cada vez mais o setor, o que lhes abriu caminho para comportamentos fraudulentos, no intuito de aumentar os preços da energia e o valor de mercado das companhias. Uma das empresas era a Enron, que veio a se tornar um dos mais famosos escândalos de fraude corporativa.²⁵⁹

Nos casos em que o Estado mantém participação minoritária na empresa privatizada²⁶⁰, criando-se proximidade entre a administração privada da empresa e o Estado, os riscos de que tais relações se tornem inadequadas é significativo. Aumentam as chances de que o Estado providencie políticas favoráveis à empresa, interessado em sua parte dos lucros, bem como de que a empresa venha a transferir perdas ao acionista estatal, contando

²⁵⁹V. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. op. cit.

²⁶⁰Manter participação minoritária do Estado na empresa é um mecanismo por vezes utilizado para permitir que a operação de privatização seja aprovada, inclusive junto à opinião pública, sob o argumento de que não estaria havendo uma entrega total da empresa (e dos recursos por ela explorados) em mãos privadas. V. LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões, cit. Em outras ocasiões, o Estado adota mecanismo societários tal qual *golden shares*, mantendo determinadas prerrogativas de controle ainda que com ações minoritárias.

que os controles orçamentários e de performance dentro do Estado sejam mais maleáveis. Como exemplo desta última hipótese, a autora cita um caso da Itália em que, na criação de uma *joint-venture* público-privada no ramo da indústria química, teria havido o pagamento de propinas tanto para beneficiar o acionista privado na constituição do empreendimento, quanto no momento de sua renacionalização. Tal como no caso brasileiro da Lava a Jato, o dinheiro de pretensas doações de campanha havia circulado entre Poder Executivo e Poder Legislativo com o objetivo de direcionar os rumos das parcerias societárias entre Estado e entes privados.²⁶¹

Segue a mesma linha um estudo de Calomiris, Fisman e Wang que mostrou que, em certa oportunidade, quando o governo chinês anunciou sua intenção de vender a participação que detinha em algumas empresas com ações listadas em bolsa, certas empresas tiveram queda no preço de suas ações. Segundo os autores, o mercado entendia que a participação do governo nessas companhias criava uma proximidade entre empresa e governo capaz de lhes agregar valor.²⁶² Observando fenômenos iguais a este, Estrin e Pelletier concluem que estatais privatizadas totalmente têm performances melhores após a privatização que estatais privatizadas apenas parcialmente.²⁶³ Como falamos no Capítulo 2, o próprio caso brasileiro é um caso em que o remanescente de participações governamentais nas empresas foi um dos fatores que ajudou a criar nosso capitalismo de laços. E foi nesse meio que, num contexto de falta de governança do Estado (principalmente no campo da intervenção estatal no domínio econômico), verificaram-se os fatos investigados na Lava a Jato.

²⁶¹Trata-se do caso Enimont, uma joint venture inicialmente formada pela estatal Eni e a empresa Montedison, que também tinha o estado italiano como acionista. V. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. op. cit., p. 120 e COLAZINGARI, Silvia; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in a paternalistic democracy: lessons from Italy for Latin America. **Political Science Quarterly**, v. 113, n. 3, p. 447-470, 1998.

²⁶²O mesmo estudo também verificou que empresas nas quais a participação do governo era mais significativa tiveram alta, indicando uma expectativa do mercado de que, sem a participação do governo a empresa faria escolhas mais voltadas aos critérios de eficiência, diminuindo planos generosos de aposentaria, bônus etc. Assim, parece que o mercado identificou um grau ideal de participação do governo chinês nas empresas – nem tão alto que levasse a companhia à ineficiência, nem tão baixo que fizesse com que a empresa deixasse de ser relevante para o Estado e suas políticas favoráveis. V. CALOMIRIS, Charles; FISMAN, Raymond; WANG, Yongxiang. Profiting from government stakes in a command economy: evidence from chinese asset sales. Working Paper 13774. **National Bureau of Economic Research**, Cambridge (MA), 2008. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w13774>. Acesso em: mar. 2019.

²⁶³ESTRIN, Saul; PELLETIER, Adeline. **Privatisation in developing countries: what are the lessons of experience?** EPS-PEAKS, UK, Economic and Private Sector. Professional Evidence and Applied Knowledge Services, Topic Guide, Nov. 2015. p. 23 e ss. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08977ed915d3cfd000264/Topic_Guide_Privatisation_No_v.pdf. Acesso em: fev. 2019.

É por estas razões que, como nos lembra Diogo R. Coutinho, privatizar é uma atividade complexa, que exige *expertise* e trabalho, sem o qual não são atingidos os objetivos de política pública por ela perseguidos e prometidos com tanta veemência por seus entusiastas.²⁶⁴ Sobre a necessidade de se criar as condições institucionais para que os processos de privatização atinjam seus objetivos mais republicanos, Estrin e Pelletier afirmam que, quando se trata de países em desenvolvimento, o debate passou a reconhecer algumas falhas nos processos ocorridos nos anos 80 e 90, para dar maior ênfase na criação das precondições necessárias para tanto. Entre tais condições estariam o grau de desenvolvimento do sistema legal, mercado de capitais funcional e proteção de direitos de empregados e consumidores.²⁶⁵

Os objetivos de uma privatização podem ser diversos e a ênfase em um deles pode se dar em detrimento de outro. Por exemplo, a venda de uma estatal com o objetivo de maximizar o valor arrecadado²⁶⁶ pode levar à venda do ativo em condições monopolísticas (pois a venda do ativo “compartilhado” levaria a menor valor pago para as empresas), acompanhado de uma regulação que permita o aumento de tarifas. Assim, a maximização do valor se daria em detrimento de uma maior competição e da modicidade tarifária. No tocante à diminuição da corrupção, objetivo de maior interesse para esta tese, Estrin e Pelletier destacam que

(...) a alocação de benefícios e custos da privatização é frequentemente o resultado de um processo político em que decisões pobres [de racionalidade] e corruptas podem agravar os impactos negativos de uma governança institucional fraca.” (tradução nossa)²⁶⁷

As falhas em processos de privatização desacompanhados de uma governança adequada têm conduzido a processos de reestatização pelo mundo. Estudo realizado pelo Transnational Institute (“TNI”) verificou 835 iniciativas de reestatização no globo entre os

²⁶⁴V. COUTINHO, Diogo Rosenthal. O paradoxo da privatização: como, quando, o que e por que privatizar? Essas são as perguntas que traduzem os problemas e desafios públicos. **JOTA**, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-paradoxo-da-privatizacao-19022019>. Acesso em: mar. 2019.

²⁶⁵ESTRIN, Saul; PELLETIER, Adeline. op. cit., p. 4.

²⁶⁶Como ocorre por diversas vezes na realidade brasileira. Cf. o recente: PEREIRA, Renée. No Brasil, venda de estatais vira saída para fechar contas. **Estado de S. Paulo**, São Paulo, 3 nov. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-venda-de-estatais-vira-saida-para-fechar-contas,70002581988>. Acesso em: mar. 2019.

²⁶⁷ESTRIN, Saul; PELLETIER, Adeline. op. cit., p. 7. O original preconiza: “(...)the allocation of benefits or costs of privatisation is often the result of a political process, where poor and corrupt political decisions can aggravate the negative impact of weak institutional governance”.

anos de 2000 a 2017, ocorridas em diversos setores, sendo os setores de energia e água aqueles com mais casos verificados.²⁶⁸ Como principais motivações para tais processos, o estudo verificou a busca pela redução de custos, pela melhora na qualidade dos serviços e por transparência financeira. Tais objetivos foram de fato constatados como resultados de algumas das iniciativas.²⁶⁹ Os exemplos demonstram que a privatização por si só não necessariamente resolve problemas de ineficiência do serviço e falta de transparência, mas que, sem o endereçamento de tais questões como condição precedente aos processos de privatização, as deficiências podem ser agravadas. O mesmo ocorre na relação entre privatização e corrupção: a falta de competição em cenários de renegociação contratuais pode aumentar os casos de corrupção, criando cenários em que companhias são poderosas o suficiente para efetivar o risco da captura.²⁷⁰ O mesmo se verifica em contextos em que as relações entre companhias e políticos é parte estrutural do sistema político, de difícil dissolução por processos de privatização.

Feitas essas considerações sobre a impossibilidade de se tomar as privatizações como um remédio instantâneo à questão específica da intervenção do Estado na economia, passo agora a tratar das questões pelas quais ela também não poderá ser um remédio único.

A primeira delas é que algumas atividades, ainda que não desenvolvidas diretamente por entes estatais, não poderão ser completamente dissociadas do Estado, a quem incumbe, em última análise, sua provisão. É o caso dos chamados serviços públicos – transporte, educação, saúde, segurança, para citar alguns exemplos. Pode-se criar inúmeras formas de se terceirizar este serviço, mas ao Estado caberá contratá-lo junto aos entes privados e verificar seu adequado fornecimento, pela via contratual e pela regulação, assegurando que

²⁶⁸KISHIMOTO, Satoko; PETITJEAN, Olivier (Eds.). **Reclaiming public services**: how cities and citizens are turning back privatization. Amsterdam; Paris: Transnational Institute (TNI), June 2017. Disponível em: https://www.tni.org/files/publication-downloads/reclaiming_public_services.pdf. Acesso em: mar. 2019. O estudo faz uma certa confusão entre reestatização de serviços públicos, sobretudo serviços prestados por municipalidades e retomada de políticas governamentais de combate à desigualdade. A reestatização parece estar presente em países europeus e ser motivada pelo desejo das populações de perseguir objetivos como os de sustentabilidade ambiental na prestação de serviços, sobretudo de água e energia. Na América Latina, os exemplos mais destacados foram os de programas de inclusão social.

²⁶⁹Alguns dos exemplos de reestatização com redução de custos citados são: centros de cuidados com idosos em Bergen (Noruega), com ganhos de €500,000 (quando se esperava perdas em despesas de €1 milhão); a parceria público-privada de transporte de Londres (Inglaterra), com redução de £1 bilhões de custos através da eliminação de dividendos a serem distribuídos, despesas legais e por meio da implementação de eficiências; e fim de terceirização de serviços em Chiclana (Espanha), com redução de 16 a 21% dos custos.

²⁷⁰É o verificado por SHAOUL, Jean. Using the private sector to finance capital expenditure: the financial realities. In: AKINTOYE, Akintola; BECK, Matthias (Eds.). **Policy, finance & management for public-private partnerships**. Oxford: Wiley-Blackwell, 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9781444301427.ch2/summary>. Acesso em: mar. 2019.

as estruturas dos mercados e os comportamentos de empresas nele instalados convirjam para o atendimento nas necessidades da coletividade.²⁷¹ Assim, não bastará desestatizar somente, sem criar as condições para que o Estado seja capaz de contratar as melhores soluções para atender o interesse público, bem como de regular com este objetivo.

A segunda razão é mais complexa, porque menos óbvia em alguns exemplos. Trata-se da aparente imprescindibilidade do Estado na atuação de políticas de desenvolvimento. É inquestionável que todos os Estados que tenham atingido algum grau de desenvolvimento econômico e social tenham adotado políticas de intervenção estatal na economia, seja de forma mais assertiva, seja de forma “disfarçada”.²⁷² Diferentes “estilos” de Estado desenvolvimentista foram implementados em diversos países ao longo dos anos. São diferentes estilos porque se tratam de políticas implementadas tanto em regimes mais democráticos quanto mais autoritários, tanto em governos de orientação política à esquerda quanto em governos mais alinhados ideologicamente à direita. Não há consenso na academia sobre o que seria exatamente um estado desenvolvimentista.²⁷³ Mas o uso da expressão remonta aos estados desenvolvimentistas clássicos do Sul da Ásia, notadamente Coreia do Sul e Japão, em que um executivo forte (mas não necessariamente na ausência de democracia) adota políticas industriais seletivas (de fomento ao desenvolvimento tecnológico, proteção de certas indústrias nacionais e forte uso de estatais e semi-estatais), em linha com um sólido planejamento econômico pelo governo central. Ao lado destes exemplos clássicos, Chang cita outros, encontrados em países com situações políticas distintas: (i) na Escandinávia, todos os países atuaram fortemente no fomento a pesquisa e desenvolvimento em tecnologia (a iniciativa Sueca, especificamente, remonta a 1820) e até hoje figuram entre os líderes em investimento na área. A Suécia, então governada por partido de esquerda, implementou políticas de parceria entre Estado e setor privado para os setores siderúrgico, ferroviário, de telecomunicações, e hidrelétrico entre 1850 e 1880, além de medidas de proteção à indústria pesada no início do Século XIX; (ii) os Estados Unidos foram pioneiros no desenvolvimentismo, considerando-se que foi Alexander Hamilton o inventor da teoria de proteção à indústria nascente, enquanto ocupava o posto de Secretário

²⁷¹V. ESTRIN, Saul; PELLETIER, Adeline. op. cit., p. 12.

²⁷²V. CHANG, Ha-Joon. How to ‘do’ a developmental State: political, organisational, and human resource requirements for the developmental State, cit., p. 4 e BLOCK, Fred. Swimming against the current: the rise of a hidden developmental State in the United States. **Politics and Society**, v. 36, n. 2, p. 169-209, June 2008.

²⁷³V. FALIN, Zhang. The Chinese developmental state: standard accounts and new characteristics. **Journal of International Relations and Development**, v. 21, n. 2, Feb. 2017.

do Tesouro americano. Políticas de proteção industrial foram vigorosas nos Estados Unidos até o fim da segunda guerra mundial. Atualmente, os Estados Unidos ainda implementam políticas de desenvolvimento industrial disfarçadas em outras estratégias²⁷⁴; (iii) na França, a partir dos anos 50, sob a hegemonia de uma direita nacionalista, o Estado adota um modelo de planificação indicativa da economia (elaborado por uma comissão de planejamento – o *Commissariat Général du Plan*) e amplo uso de empresas estatais. Algumas das maiores empresas do país surgiram como estatais (Renault, Alcatel, St. Gobain, Usinor, Thomson, Thales, Elf Aquitaine, e Rhone-Poulenc são exemplos de diversos setores).

Trazendo a questão para a realidade dos países em desenvolvimento, é importante notar que mesmo países que adotaram políticas de intervenção estatal desenvolvimentistas em meio a algum grau de corrupção lograram seus objetivos de desenvolvimento econômico e social. Por isso, combater a corrupção com a retirada do Estado da economia mesmo em áreas onde sua ação se faz útil ou necessária pode se traduzir em um prejuízo adicional para a comunidade. Em um interessante estudo, David Kang²⁷⁵ descontrói o mito de que o notável crescimento econômico da Coreia do Sul durante os anos do milagre asiático tenha ocorrido pela atuação de um Estado desenvolvimentista forte, livre de corrupção, atuando sob o monitoramento de uma burocracia insulada de pressões de grupos de interesse. Ao contrário, Kang demonstra como o poder político na Coreia atuou de forma a favorecer grupos de interesse, fornecendo crédito público e outros subsídios a grandes conglomerados (os *chaebols*)²⁷⁶ conectados ao governo e tomando decisões que favoreciam a elite do

²⁷⁴“Mesmo após a Segunda Guerra Mundial, quando o país alcançou a supremacia industrial e começou a defender a causa do livre comércio e livre mercado, o estado de desenvolvimento dos EUA sobreviveu. O Fred Block mostra em um importante artigo recente (Block, 2007), durante o período pós-Segunda Guerra Mundial. Os Estados Unidos tiveram um estado de desenvolvimento que está "escondido". Block argumenta que os EUA têm uma 'rede de desenvolvimento' muito forte (em oposição a 'estado burocrático de desenvolvimento' ou criança do Leste Asiático), que se concentra em traduzir pesquisa tecnológica de ponta em uso comercial através de altos níveis de conhecimento tecnológico - variadamente situados em agências estatais, indústrias, universidades e outros institutos de pesquisa.” Tradução livre de: “Even after WWII, when the country attained industrial supremacy and started championing the cause of free trade and free market, the US developmental state survived. As Fred Block shows in a recent important paper (Block, 2007), during the post-WWII period, the US has had a developmental state that is ‘hidden’. Block argues that the US has had a very strong ‘developmental network state’ (as opposed to ‘developmental bureaucratic state’ of East Asian kind), which is focused on translating cutting-edge technological research into commercial use through cooperation among a network of people with high levels of technological expertise – variously situated in state agencies, industries, universities, and other research institutes.” CHANG, Ha-Joon. How to ‘do’ a developmental State: political, organisational, and human resource requirements for the developmental State, cit., p. 4.

²⁷⁵KANG, David. **Crony capitalism**: corruption in South Korea and the Philippines. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

²⁷⁶Depois de citar uma série de medidas tomadas por questões políticas, como a concessão de empréstimos para que empresas continuassem se expandindo mesmo já havendo excesso de capacidade em indústrias como a química e a automobilística, as políticas de salvamento a empresas altamente endividadas para sustentar ciclos de crescimento (incentivando o endividamento pouco responsável) e o enriquecimento ilícito

empresariado, que tinha participação sistemática no financiamento de campanhas políticas. No entanto, mesmo com enorme corrupção, o país experimentou seu milagre asiático. Segundo Kang, o que permitiu isso foi o fato de haver um certo equilíbrio de forças entre o poder político e as elites empresariais. O poder político dependia do êxito econômico dos grandes conglomerados financeiros para a manutenção da estabilidade política e de sua legitimidade. As elites empresariais, por outro lado, precisavam apresentar resultados que justificassem os favores governamentais recebidos. Essa circunstância permitiu que a corrupção, embora presente, fosse controlada e não viesse a impedir o crescimento econômico sul coreano.

Segundo Jong-sung You, esta situação de simbiose (a expressão utilizada por ele e por Kang é, na verdade, “refêns-mútuos” (*mutual hostages*)²⁷⁷) não chegou a ser uma situação de confusão total entre Estado e entes privados em razão dos seguintes fatores (i) a Coréia do Sul passou por uma significativa reforma agrária nos anos 40 e 50, permitindo, dali em diante, que o país conseguisse (ii) educação universal. Com isso, desenvolveu uma sociedade civil bastante atuante, que se engajou em um movimento de (iii) reforma do serviço público, permitindo a formação de um Estado minimamente autônomo em relação às elites empresariais que se consolidaram nos anos seguintes, embora algum nível de captura do Estado tenha ocorrido logo mais. Como se vê, as instituições e o processos históricos são importantíssimos para se determinar quais políticas podem funcionar para um e outro país, em qual medida e seguindo qual ordem de implementação.

Passado o Governo do General Park, a Coréia do Sul sofreu uma grave crise financeira, cuja origem estava justamente no modelo de alto endividamento dos *chaebols*, alavancados em crédito público. A crise e a necessidade de recorrer ao FMI criaram as

de diversos políticos, Kang conclui que, ao contrário da percepção pública, na Coréia do Sul, durante os anos do milagre asiático, “[A] burocracia era marginal, conexões políticas eram centrais e pouco monitoramento foi realizado. A influência do dinheiro na política era extensa, permitindo aos líderes políticos financiar seus partidos e manter poder. Empresas grandes se beneficiavam às custas de empresas menores e o excesso de capacidade e alto endividamento daí resultantes tem sido uma característica endêmica da economia política coreana durante os anos 1990s.” (tradução livre) KANG, David. op. cit., p. 116. Texto original: “The bureaucracy was marginal, political connections were central, and little oversight was undertaken. Money politics was extensive, allowing political leaders to finance their parties and retain power. Large firms benefited at the expense of small firms, and the resulting overcapacity and high indebtedness has been and endemic feature of Korea’s political economy well into the 1990s.” O autor rebate, assim, a visão de Alice Amsden, de que o Estado Coreano teria sido eficiente em monitorar de forma eficiente os resultados produzidos pelos empresários que receberam subsídios. KANG afirma que a Coréia se desenvolveu apesar da corrupção, e não que se desenvolveu porque seus níveis de corrupção eram corruptos. V. AMSDEN, Alice H. *Asia’s next giant: South Korea and late industrialization*. New York: Oxford University Press, 1989.

²⁷⁷YOU, Jong-sung. South Korea: the odyssey to corruption control. In: MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (Eds.). *Transitions to good governance: creating virtuous circles of anti-corruption*. Cheltenham: Elgar, 2017. p. 128 e ss. e KANG, David. op. cit., p. 96 e ss.

condições para uma série de reformas nas regras de governança corporativa, transparência fiscal e limitação dos poderes dos grandes conglomerados empresariais. Isso sugere que o crescimento econômico em meio a uma governança em melhora, mas ainda deficiente, tenha sido uma fase de um processo de desenvolvimento ainda em construção na Coreia do Sul, que tem encontrado seus altos e baixos, como demonstram os recentes escândalos de corrupção que levaram ao impeachment da Presidente Park Geun-hye em 2017. De qualquer forma, o período de intervenção do estado na economia teve sua importância, apesar dos vícios que continha. Ao final de seu trabalho, Kang observa que a história não foi muito diferente nos Estados Unidos no século XIX, quando leis e reformas foram aprovadas para limitar o poder de grandes empresas como Standard Oil, J.P.Morgan e os monopolistas do setor ferroviário, todos eles envolvidos em práticas abusivas, muitas vezes sob proteção estatal.

Não se trata, aqui, de defender o argumento de que pode haver alguma forma boa de corrupção. Longe disso. O que procuro demonstrar é que corrigir a corrupção dando como única resposta a ela a eliminação da atuação do Estado no domínio econômico (que sequer é inteiramente possível), sem corrigir os rumos desta atuação e sem fazer outras reformas destinadas a melhorar a governança estatal, pode significar uma dupla condenação de uma sociedade a não se desenvolver de forma adequada. A questão é particularmente relevante no caso do Brasil, onde, segundo Eros Grau

(...) os empresários nacionais e estrangeiros não assumiram o papel de inovadores, arcando com as responsabilidades disso decorrentes. Paradoxalmente, foi sempre o Estado que, entre nós, promoveu, suportando o seu custo, inovações empresariais. Neste sentido, o Estado brasileiro caracterizou-se como “schumpeteriano”.²⁷⁸

Em verdade, parece que mesmo os Estados Unidos têm contado com o Estado para suas revoluções “schumpeterianas”. Tratando do estado desenvolvimentista americano, que Block chamou de “escondido”, o autor destaca que se trata não de um estado com ações centralizadas, que partem de uma burocracia central voltada para políticas desenvolvimentistas planejadas e voltadas a setores específicos (o que seria um *bureaucratic developmental state*), mas de um estado que distribuiu suas políticas de fomento industrial de forma capilarizada, funcionando em rede, buscando fomentar a criação de produtos e processos industriais ainda inexistentes (*o network developmental state* (“NDS”). O NDS, segundo Block, tem como base de trabalho profissionais com alta capacitação tecnológica, a

²⁷⁸GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica), cit., p. 45.

quem o estado vem oferecendo recursos financeiros e outras formas de apoio, como a conexão entre cientistas que desenvolvem projetos de utilidade comum em áreas consideradas estratégicas pelas agências públicas de desenvolvimento, como é o caso das pesquisas no campo da biotecnologia.²⁷⁹

Essas iniciativas, segundo Block, por serem capilarizadas em diversos institutos de pesquisa e agências, acabam diluídas, o que as impede de serem percebidas pela opinião pública e observadores em geral como uma política robusta. Por outro lado, seus formuladores não fazem questão de alardeá-la como tal, tendo em vista que o fundamentalismo do livre mercado vigente na opinião pública americana faz com que as intervenções estatais na economia sejam vistas com maus olhos. Trata-se de um preconceito estimulado pela grande indústria por questões estratégicas.²⁸⁰

O mesmo fenômeno é percebido por Mariana Mazzucato. A autora aponta a presença do Estado americano em políticas para a inovação industrial, “apesar da percepção de que os Estados Unidos seriam a epítome de criação de riqueza liderada pelo setor privado”(tradução nossa).²⁸¹

A percepção de Mazzucato também é de que o Estado desenvolvimentista americano atua em rede, além de não envolver subsídios de longo prazo direcionados a certos campos escolhidos. Ao contrário, várias agências e laboratórios atuam na produção e disseminação de conhecimento para posterior aproveitamento pela indústria.²⁸² Três exemplos do Estado desenvolvimentista americano que já obtiveram resultados significativos são analisados pela autora: a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada em Defesa (*Defense Advanced*

²⁷⁹BLOCK, Fred. op. cit., p. 169-209.

²⁸⁰Id. Ibid., p. 183. Segundo Block, “o apoio da grande indústria ao fundamentalismo do [livre] mercado não é baseado em princípios, mas estratégico, uma vez que grandes empresas tão altamente dependentes de que o governo lhes conceda subsídios, regulação favorável, apoio à pesquisa, proteção de sua ‘propriedade intelectual’, e proteção confiável no exterior. Não obstante, elas acreditam que o fundamentalismo do livre mercado é uma forma útil de resistir a regulação indesejada e obter tratamento fiscal cada dia mais favorável.” (tradução nossa) Texto original: “However, big business support of market fundamentalism is not principled, but strategic, since large firms are heavily dependent on government providing them with subsidies, a favorable regulatory environment, research support, protection of their “intellectual property,” and reliable backing overseas. Nevertheless, they find Market fundamentalism useful as a way to resist unwanted regulations and to win ever more favorable tax treatment.”

²⁸¹MAZZUCATO, Mariana. **The entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths.** London; New York: Anthem Books, 2014. p. 73. O original preconiza: “Despite the perception of the US as the epitome of private sector-led wealth creation, in reality it is the State that has been engaged on a massive scale in entrepreneurial risk taking to spur innovation.”

²⁸²Id. Ibid., p. 74.

Research Projects (DARPA)), o Programa de Pesquisa em Inovação de Pequenos Negócios (*Small Business Innovation Research Project* (SBIR)), e o Programa de Drogas Órfãs²⁸³.

A DARPA, é uma agência governamental independente criada no final da década de 50 quando, após o lançamento do foguete Sputnik, o governo americano passou a temer por sua posição na corrida tecnológica. A atuação da agência foi muito além do financiamento de projetos governamentais em defesa e tecnologia, permitindo que pesquisas tecnológicas por ela conduzidas dessem origem a uma série de produtos ou linhas de negócios comerciais, como computadores, biotecnologia, tecnologia laser e uso civil da energia nuclear. A Agência funcionou nestes anos de forma descentralizada e bastante flexível (inclusive na forma de contratação de colaboradores), ajudando a apoiar projetos de alto risco tecnológico de forma agressiva – o apoio era diretamente relacionado ao êxito das pesquisas.

Também são funções da DARPA, além do financiamento de pesquisas e do monitoramento dos resultados dos projetos financiados, conectar laboratórios e empresas que tenham interesse transversais nas tecnologias desenvolvidas, inclusive atuando para ligar projetos que possam trazer viabilidade comercial às aplicações que vão sendo criadas. Essas iniciativas da DARPA foram fundamentais para o desenvolvimento da indústria de tecnologia da informação – Mazuccato aponta que as principais tecnologias envolvidas na fabricação dos produtos da gigante Apple foram produzidas com a ajuda de décadas de fomento do governo federal²⁸⁴. No momento, uma estrutura institucional semelhante à da DARPA vem sendo utilizada para fomentar a indústria de energia limpa.

O Programa SBIR, criado por uma lei de 1982²⁸⁵, obrigava agências de pesquisa a destinarem uma pequena fração de seus orçamentos para pequenas empresas altamente inovadoras. O programa está em vigor até hoje e funciona como a primeira fonte de financiamento buscada por empreendedores que desejam recursos para transformar um experimento laboratorial em algo comercialmente viável. Em verdade, o programa tem se

²⁸³A autora também trata de um terceiro programa, a Iniciativa Nacional de Tecnologia, que ainda não apresentou resultados relevantes, por não ter direcionado esforços para a área de comercialização dos produtos das pesquisas incentivadas.

²⁸⁴O que leva Mazzucato a indagar: “Por que o Estado é avidamente responsabilizado por investimentos fracassados em empreendimentos como o Projeto American Supersonic Transport (STT) (quando "escolhe perdedores"), e não é elogiado por investimentos bem-sucedidos em empresas como a Apple ("quando ele escolhe vencedores")?” (tradução livre). Original: “Why is the State eagerly blamed for failed investments in ventures like the American Supersonic Transport (STT) Project (when it ‘picks losers’), and not praised for successful early stage investments in companies like Apple (‘when it ‘picks winners’)?”. MAZZUCATO, Mariana. op. cit., p. 88.

²⁸⁵Trata-se do Small Business Innovation Development Act.

expandido, em razão da busca por retornos em prazo cada vez mais curto pela indústria dos fundos de *venture capital*, que acaba fazendo com que o financiamento privado destes fundos deixe de ser uma opção para financiamento da inovação a médio prazo.²⁸⁶

Na mesma esteira, em 1983, foi aprovada a *Orphan Drugs Act*, que, além de ajudar pequenas empresas a conquistar uma fatia do mercado de medicamentos, acabou também por ajudar grandes empresas. A lei previa incentivos fiscais, subsídios para pesquisa e desenvolvimento e proteções robustas de propriedade intelectual para empresas especializadas que se dispusessem a desenvolver medicamentos para o tratamento de doenças raras. O fundamento da iniciativa era que o mercado de medicamentos para tratamento de doenças raras (que afetam menos de 200.000 pessoas no mundo) seria muito pequeno, não atraindo o apetite da grande indústria (daí porque essas drogas ficariam “órfãs” de financiadores privados). No entanto, as drogas órfãs desenvolvidas a partir do programa geraram somas consideráveis de faturamento tanto para pequenas como para grandes companhias do ramo. Roche, Johnson & Johnson, GlaxoSmithKline e Pfizer foram algumas das empresas que solicitaram a designação de drogas órfãs para seus produtos.²⁸⁷

Aparentemente, a intervenção do Estado na economia, nas mais diversas sociedades, se dá em ciclos. Segundo Bresser²⁸⁸, cada estágio do desenvolvimento econômico e social se inicia com a intervenção crescente do Estado no domínio econômico, que passa a diminuir quando o mercado assume sozinho uma fase de expansão. Esgotada a expansão daquele estágio, o Estado voltaria a intervir, por vezes desempenhando novos papéis. Assim, pode-se esperar que, passada a crise moral e econômica desses anos de Lava a Jato, haja, necessariamente e com o beneplácito do mercado, um novo momento de atuação estatal na economia. Assim, é importante estar preparado para este período, melhorando a governança do Estado e se certificando que os esforços estatais estarão protegidos de comportamentos rentistas. Este exercício tende a ser mais benéfico que indagar sobre o quanto é válida a intervenção do Estado na economia em termos genéricos e sob forte carga ideológica (por vezes bem pobre de ideias).²⁸⁹

²⁸⁶MAZZUCATO, Mariana. op. cit., p. 80.

²⁸⁷Id. Ibid., p. 83.

²⁸⁸BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, n. 3, p. 115-130, jul./set. 1989.

²⁸⁹Muito bem apontado, inclusive com relação a hipocrisia das bandeiras fundamentalistas do liberalismo e do estatismo em Id. Ibid., p. 120 e ss.

Para o caso brasileiro, mais do que nunca, o caminho é o de racionalizar a intervenção do Estado no domínio econômico, sobretudo sua atuação como investidor. Os achados da Lava a Jato são importantes para reorientar esta atuação, pois tornaram evidentes os riscos de captura decorrentes das relações recombinações entre instituições de crédito público, fundos de pensão e empresários doadores. A criação de regras obrigando um mínimo de dispersão do investimento estatal, evitando a centralidade das instituições públicas poderia ser um bom remédio.

Outro ponto fundamental seriam as reformas destinadas a “blindar” as decisões do risco de serem vendidas por propinas ou em troca de doação eleitoral. Para isso, seria importante procedimentalizar as decisões de investimento do Estado, obrigando seu alinhamento a critérios objetivos. Ainda durante a Lava a Jato, o FI-FIGTS abriu novo edital para prospecção de empresas para investimento, pela primeira vez criando um sistema de pontuação para as empresas candidatas, servindo como exemplo de mecanismo que pode ser adotado. Critérios como a qualidade da governança da empresa que apresentasse o projeto (se a empresa era companhia aberta ou fechada, por exemplo) e a urgência do investimento (saneamento, o setor de serviços públicos com pior índice de universalização, traria a maior pontuação para o projeto) foram colocados no sistema de pontuação, eliminando a decisão discricionária do alto funcionário do Fundo, tantas vezes mercadejada, segundo uns delatores da Lava a Jato que operavam estes esquemas.²⁹⁰

Igualmente importante seria reformular os estímulos para que o ente privado (ou seu acionista, agora que estão proibidas as doações eleitorais por pessoas jurídicas) deixe de fazer doação eleitoral como forma de “seguro” contra retaliações ou calotes. Relações mais previsíveis e equilibradas na relação entre a Administração contratante e o ente privado tendem a ser mais benéficas para a melhora da governança na relação entre estas partes, ao contrário do que defendem os que advogam a supremacia da administração contratante sobre o privado.

Por fim, embora não seja o objeto desta tese, uma reforma política, tornando as eleições mais baratas e aumentando a *accountability* dos candidatos ao legislativo perante o eleitor teria efeito importantíssimo na melhora da governança do Estado atuando de forma

²⁹⁰V. meu “Mais prisões, inovação institucional. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 fev. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/02/1858189-mais-que-prisoas-inovacao-institucional.shtml>. Acesso em: mar. 2019” para brevíssima análise: COUTINHO, Diogo Rosenthal; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201902>. Acesso em: mar. 2019.

geral, inclusive como investidor. A simples proibição da doação eleitoral por pessoas jurídicas está longe de resolver a questão, podendo ainda torná-la mais aguda, levando partidos e candidatos a buscar financiamento de fontes não declaradas e a tornar estes financiadores mais proeminentes no cenário político nacional²⁹¹.

Assim, respondo à indagação inicial deste capítulo concluindo que há sim espaço para a intervenção do Estado na economia, inclusive como investidor, mas não sem reformas.

²⁹¹CARAZZA, Bruno. Decisão de proibir doação de empresas não eliminou influência da elite econômica, cit.

CONCLUSÃO

Procuramos demonstrar nesta tese que o esquema de corrupção investigado pelo feixe de procedimentos de persecução que se convencionou chamar de Operação Lava a Jato tem, quanto aos fatos investigados, origem históricas profundas nas relações entre Estado e empresariado surgidas no início da industrialização brasileira e traz elementos forjados de maneira marcante no período autoritário da história do Brasil. Se a origem dos fatos investigados é profunda, as condições para que a Lava a Jato se desenrolasse da maneira como se deu também tem explicações no passado, embora mais recente. Ela é produto de um ressentimento com relação à corrupção que, embora em alguma medida universal, no caso brasileiro, traz uma carga de frustração permanente com o combate à corrupção, que vem desencadeando a ideia de “quanto mais controle”, melhor.

Sobre este substrato os feitos investigados na Lava a Jato se apoiaram fortemente em um esquema de colaborações premiadas e leniências que permitiram a prisão cautelar e/ou provisória de vários investigados que, por sua vez, passaram então a relatar as relações promíscuas entre agentes públicos e empresários, grande parte delas envolvendo veículos estatais com proeminente atuação no domínio econômico (tais como Petrobrás, Eletrobrás e o FI-FGTS). Parte destes relatos contém sem dúvida todos os elementos do crime de corrupção. Outra parte revela mais um déficit de governança nas relações entre o Estado, principalmente na sua feição de investidor, e entes privados, que a corrupção propriamente dita. Se o esquema criminal da colaboração premiada serviu bem à obtenção de relatos em troca da diminuição de penas de pessoas físicas, o instituto da leniência das empresas, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro de maneira açodada e incompleta, continha diversas “pontas soltas”, a mais grave delas a não regulamentação da competência dos órgãos públicos para negociar estes acordos.

Num ambiente de forte competição institucional e operando sob a premissa de que nenhum dos órgãos de controle poderia abrir mão do dever de agir e de que este dever corresponde necessariamente a aplicar a punição prescrita em lei, as grandes construtoras envolvidas na Operação Lava a Jato ficaram, mesmo após as leniências, sem a possibilidade de se reabilitar, quitando suas dívidas com a Administração Pública de forma definitiva para retomar os contratos com a Administração Pública e a obtenção de crédito tanto público

quanto privado de forma regular. O resultado daí decorrente foi uma enorme corrosão de valor na economia brasileira, com a perda de milhares de empregos.

Conforme argumento nesta tese, esta reação aos achados da Lava a Jato deixa de considerar que o interesse público não corresponde nem primordial, nem unicamente ao interesse de ressarcimento ao erário. Ao contrário, este é o interesse público secundário. Os interesses públicos primários correspondem aos interesses da coletividade. É buscando a satisfação dos interesses da coletividade dos cidadãos que a ordem econômica constitucional prescreve a proteção da empresa e dos mercados, porque estes são instrumentos de satisfação destes direitos, desde que funcionando sob os ditames desta ordem. O “salvamento” das empresas envolvidas na Lava a Jato, sem prejuízo da apuração dos ilícitos ali verificados, era (e ainda é, se algo ainda puder ser feito) medida de satisfação ao interesse coletivo.

Por outro lado, se a Lava a Jato é prova de um déficit de governança presente nas relações entre Estado e entes privados, é importante ter em mente que a espiral punitiva desencadeada na operação pode dar a falsa ilusão de ruptura com a situação então vigente, sobretudo pelo espetáculo de certos eventos, sem, contudo atingir este resultado. Se as causas da corrupção – ou, como prefiro, da baixa governança nas relações entre Estado e entes privados – são estruturais, punir empresas e indivíduos envolvidos em ilícitos não resolve a questão de maneira isolada. É preciso reformar a governança em uma série de aspectos, desde a fixação de critérios para atuação do Estado no domínio econômico e melhor procedimentalização destas intervenções, passando pela reforma do sistema político e eleitoral e reformulando o sistema de controle da Administração Pública que, não obstante ser caro e hipertrofiado, não conseguiu conter todas as malversações de recursos públicos até hoje verificados. Países que tiveram eventos de pretensa “ruptura” com sistemas corruptos pela via da punição, como Itália, com a Operação Mani Pulitti e a Romênia, alcançaram resultados menos sólidos na transição para a boa governança nas relações entre Estado e entes privados que países que o fizeram meio de reformas, algumas delas sequer voltadas especificamente para o combate à corrupção, e sim para a melhora dos serviços estatais oferecidos, como ocorreu com a Austrália e a Alemanha ainda nas primeiras décadas do Século XX²⁹².

²⁹²MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles, cit., p. 20.

Assim, é passada a hora de tirarmos uma parte das fichas apostadas na erradicação da corrupção pela punição, colocando algumas delas na neutralização do problema por meio de reformas.

Neste campo de reformas, uma das soluções tão simples quanto equivocadas que tantas vezes se apresenta ao problema da corrupção é a eliminação da intervenção estatal na economia. Se por um lado é patente que uma melhor racionalização da atuação do Estado na vida econômica e até mesmo social tende a trazer resultados positivos, é ilusório esperar que a completa eliminação da atuação do Estado na economia seria uma solução sequer possível, especialmente no caso brasileiro. Em primeiro lugar, haverá sempre um mínimo necessário de intervenção estatal. Por força do que determina a Constituição Federal, o Estado é obrigado a fornecer uma série de bens e serviços. Se não os produz, deve ser capaz de os adquirir e/ou regular. Ademais, haverá sempre as falhas de mercado a suprir. Para além das falhas de mercado, vem ficando cada vez mais evidente a atuação do Estado até mesmo em países conhecidos como extremamente liberais em políticas seletivas de desenvolvimento tecnológico, o que nos recorda que o Estado foi determinante para a transformação industrial – e, partir daí, também econômica e social – em diversas sociedades, inclusive as ditas desenvolvidas. No Brasil, o Estado foi determinante em todas as fases da industrialização brasileira.

Assim, é melhor buscar dar racionalidade e melhor governança à atuação do Estado, estudando quais os modelos deste Estado desenvolvimentista são mais eficientes para cada situação e quais as condições para seu êxito, que simplesmente dar como única resposta a esta recente crise moral e econômica do desenvolvimentismo um processo açodado de privatização, embora, repita-se, não se pode negar que a desestatização seja adequada e necessária em uma série de casos hoje presentes na realidade brasileira.²⁹³

Enfim, o momento é de reconstruir. A economia, as instituições, as bases da intervenção estatal na economia e seu controle. E não é algo que se pode pretender fazer a jato.

²⁹³Refiro-me, em particular, as estatais que não desempenham nem serviços públicos, nem atividades econômicas de interesse coletivo e não garantem acesso a produtos e serviços à população em melhores condições que as empresas privadas, servindo como meros instrumentos de transferência do fundo público a agentes privados.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Renata. Fomos pegos pelados no meio da rua, diz presidente da Andrade Gutierrez [Entrevista com Ricardo Sena, presidente da Andrade Gutierrez]. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 mar. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1869833-fomos-pegos-pelados-no-meio-da-rua-diz-presidente-da-andrade-gutierrez.shtml>. Acesso em: 09 fev. 2019.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018.

AMSDEN, Alice H. **Asia's next giant: South Korea and late industrialization**. New York: Oxford University Press, 1989.

ARBIX, Glauco; MARTIN, Scott B. Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil: inclusionary State activism without statism. In: WORKSHOP ON STATES, DEVELOPMENT, AND GLOBAL GOVERNANCE, University of Wisconsin-Madison, Mar. 12-13, 2010. Madison. Disponível em: https://media.law.wisc.edu/s/c_360/mq4fw/paper_arbix.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

ARLEN, Jennifer. **Corporate criminal enforcement in the United States**: using negotiated settlements to turn potential corporate criminals into corporate cops. May 2017. Disponível em: <http://www.eifr.eu/uploads/eventdocs/596f2377ec5fa.pdf>. Acesso em: maio 2019.

ÁVILA, Humberto. Repensando a supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo a supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

BAKER, Andrew. Restraining regulatory capture? Anglo-America, crisis politics and trajectories of change in global financial governance. **International Affairs**, v. 86, n. 3, p. 647-663, May 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito de administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

BARROS, Luiz Carlos Mendonça de. 2009: lições e cicatrizes. **Valor Econômico**, São Paulo, 21 dez. 2009. Disponível em: <https://www.valor.com.br/arquivo/800555/2009-licoes-e-cicatrizes>. Acesso em: mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Porfolio-Prenguim, 2019.

_____. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JR., Lauro Joppert (Orgs.) **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2010.

BAXTER, Lawrence G. Understanding regulatory capture: an academic perspective from the United States. In: PAGLIARI, Stefano (Ed.). **The making of good financial regulation: towards a policy response to regulatory capture**. London: International Centre for Financial Regulation, 2012. p. 31-39. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2587. Acesso em: mar. 2019.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31. jan./mar. 2005.

BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado**. São Paulo: Ed. Geração, 2014.

BLOCK, Fred. Swimming against the current: the rise of a hidden developmental State in the United States. **Politics and Society**, v. 36, n. 2, p. 169-209, June 2008.

BOBBIO, Norberto. A análise funcional do direito: tendências e problemas. In _____. **Da teoria à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 81-115.

_____. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In _____. **Da teoria à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 53-80.

BORGES, Rafael. Crise das empreiteiras brasileiras abre espaço para invasão chinesa. **El País**, São Paulo, 05 jan. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/20/politica/1419101033_184779.html. Acesso em: mar. 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. **Consultor Jurídico**, 8 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>. Acesso: mar. 2019.

_____; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 103, v. 947, p. 133-155, set. 2014.

BRANDT, Ricardo. Esquema de corrupção tem grande impacto nas eleições, diz coordenador da Lava Jato. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 03 set. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/esquema-de-corrupcao-tem-grande-impacto-nas-eleicoes-diz-coordenador-da-lava-jato/>. Acesso em: dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU. **Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoa Jurídica**. [Manual Prático de Responsabilização Administrativa de Entes Privados]. Brasília-DF, dez. 2017. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-de-responsabilizacao-de-entes-privados-dezembro-2017.pdf/view>. Acesso em: mar. 2019.

BREMMEN, Ian. State capitalism comes of age: the end of the free market? **Foreign Affairs**, v. 88, n. 3, p. 40-55, May/June 2009. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20699562?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: mar. 2019.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, n. 3, p. 115-130, jul./set. 1989.

BUCY, Pamela. H. Corporate criminal liability: when does it make sense. **American Criminal Law Review**, Georgetown v. 46, n. 4, p. 1433-1457, Sept. 2009.

CALOMIRIS, Charles; FISMAN, Raymond; WANG, Yongxiang. Profiting from government stakes in a command economy: evidence from chinese asset sales. Working Paper 13774. **National Bureau of Economic Research**, Cambridge (MA), 2008. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w13774>. Acesso em: mar. 2019.

CAMAROTTO, Murilo. CGU vai retomar acordo com Odebrecht. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 mar. 2017. p. A14.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas catedrais**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar: 1964-1988. Rio de Janeiro: EDUFF, 2015.

_____. Semeando gigantes: centralização de capitais e diversificação das atividades das empreiteiras brasileiras no final da ditadura civil-militar. **Lutas Sociais**, São Paulo, n. 25/26, p. 72-87, 2. sem. 2010 / 1. sem. 2011.

CARAZZA, Bruno. Decisão de proibir doação de empresas não eliminou influência da elite econômica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 17 set. 2018. Disponível em: <https://oespiritodasleis.blogfolha.uol.com.br/2018/09/17/decisao-de-proibir-doacao-de-empresas-nao-eliminou-influencia-da-elite-economica/?loggedpaywall>. Acesso em: mar. 2019.

_____. **Dinheiro, eleições e poder**: as engrenagens do sistema político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Diários da Presidência**: 1995-1996. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. v. 1.

_____. **Diários da Presidência**: 1997-1998. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. v. 2.

_____. **Diários da Presidência**: 1999-2000. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. v. 3.

CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, Urbana, v. 62, p. 56-65, Nov. 2016.

CASO Lava Jato. Entenda o caso. **Para o Cidadão**, Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: ago. 2018.

_____. **Para o Cidadão**, Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: 06 ago. 2018.

CHANG, Ha-Joon. **Bad samaritans**: the myth of free trade and the secret history of capitalism. New York: Bloomsbury Press, 2009.

_____. How to 'do' a developmental State: political, organisational, and human resource requirements for the developmental State. In: EDIGHEJI, O. (Ed.). **Constructing a Democratic development State in South Africa**: potentials and challenges. Cape Town: Human Science Research Council Press, 2010. Disponível em: <http://hajoongchang.net/?s=how+to+do+a+developmental+state>. Acesso em: jul. 2018.

CHARLEAUX, João Paulo. O que foram, afinal, as Jornadas de junho de 2013. E no que elas deram. **Nexo Jornal**, São Paulo, 17 jun. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/17/O-que-foram-afinal-as-Jornadas-de-Junho-de-2013.-E-no-que-elas-deram>. Acesso em: mar. 2019.

CNBC. Consumer News and Business Channel. Disponível em: <https://www.cnn.com>. Acesso em: mar. 2019.

COLAZINGARI, Silvia; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in a paternalistic democracy: lessons from Italy for Latin America. **Political Science Quarterly**, v. 113, n. 3, p. 447-470, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: _____. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COOFFE JR., John C. Paradigms lost: the blurring of the criminal and the civil law models – and what can be done about. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 101, n. 8, p. 1875-1893, June 1992.

COOTER, Robert D. Prices and sanctions. **Columbia Law Review**, New York, v. 84, n. 6, p. 1523-1560, 1984.

COSTA, Daiane. Desemprego atinge recorde de 11,5% em 2016. **O Globo**, Rio de Janeiro, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/desemprego-atinge-recorde-de-115-em-2016-20847890>. Acesso em: mar. 2019.

COSTA, Regina Helena Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livredocência) - Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito econômico e desenvolvimento democrático: uma abordagem institucional**. 2015. Tese (Concurso de Professor Titular) - Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

_____. O paradoxo da privatização: como, quando, o que e por que privatizar? Essas são as perguntas que traduzem os problemas e desafios públicos. **JOTA**, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-paradoxo-da-privatizacao-19022019>. Acesso em: mar. 2019.

_____; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201902>.

CURY, Anay; SILVEIRA, Daniel. PIB recua 3,6% em 2016, e Brasil tem pior recessão da história. **O Globo**, Rio de Janeiro, 7 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-brasileiro-recua-36-em-2016-e-tem-pior-recessao-da-historia.ghtml>. Acesso em: mar. 2019.

DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability. **International Law and Justice - IILJ, Working Papers**, n. 4, Apr. 2009. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1393326>.

_____; TREBILCOCK, Michael J. The relationship between law and development: optimists versus skeptics. **American Journal of Comparative Law**, v. 56, n. 4, p. 895–946, Oct. 2008.

ELEIÇÕES 2018: as propostas de Bolsonaro e Haddad para o combate à corrupção. **BBC News**, São Paulo, 25 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45958673>. Acesso em: mar. 2019.

ESTRIN, Saul; PELLETIER, Adeline. **Privatisation in developing countries: what are the lessons of experience?** EPS-PEAKS, UK, Economic and Private Sector. Professional Evidence and Applied Knowledge Services, Topic Guide, Nov. 2015. 50 p. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08977ed915d3cfd000264/Topic_Guide_Privatisation_Nov.pdf. Acesso em: fev. 2019.

FALIN, Zhang. The Chinese developmental state: standard accounts and new characteristics. **Journal of International Relations and Development**, v. 21, n. 2, Feb. 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARJAT, Gérard. **Pour un droit économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. (Collection Les voies du droit).

FERES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 205-225, jul. 2016.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. São Paulo: Almedina, 2017.

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.

FLORE, Daniel. **L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux: la nouvelle Loi belge du 10 février 1999**. Bruxelles: La Charte, 1999.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Orgs.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSETTI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun (Coords.). **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 23-58.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2002. 2 v.

GISSELQUIST, Rachel M. Good governance as a concept, and why this matters for development policy. **World Institute for Development Economics Research Working Paper n. 2012/30**. Helsinki: UNU-WIDER, 2012.

GÓES, Bruno; JUNGBLUT, Cristiane. Álvaro Dias diz ser a favor da privatização com exceção da Petrobras, do BB e da Caixa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/alvaro-dias-diz-ser-favor-da-privatizacao-com-excecao-da-petrobras-do-bb-da-caixa-22751663>. Acesso em: mar. 2019.

GÓES, Francisco; ROMERO, Cristiano. Para BNDES, sem aderência de outros órgãos, leniência não dá segurança. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/4905094/para-bndes-sem-adesao-de-outros-orgaos-leniencia-nao-da-seguranca-juridica>. Acesso em: mar. 2019.

GOVERNO não deve ter empresa. Vamos privatizar tudo, até Petrobras”, diz Amoêdo. **Gazeta do Povo**. 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/eleicoes-2018/governo-nao-deve-ter-empresa-vamos-privatizar-tudo-ate-petrobras-diz-amoe-do-5ynwolmipx63fnrwnifupm8tr/>. Acesso em: mar. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2015.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 109, p. 773-793, 2014.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss**. Versão eletrônica. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>. Acesso em: mar. 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX: Artigos 250 a 361.

_____. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>. Acesso em: mar. 2019.

IMPACTO da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo. **SINIEM**, São Paulo, 18 ago. 2015. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/siniem/noticias/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo/>. Acesso em: mar. 2019.

IRVIN, Neil. The policy makers saved the financial system and America never forgave them. **The New York Times**, New York, Sept. 12 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/09/12/upshot/financial-crisis-recession-recovery.html>. Acesso em: mar. 2019.

JOHNSON, Simon. The quiet coup. **The Atlantic**, May 2009. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/>. Acesso em: mar. 2019.

KADANUS, Kelli. Lava Jato faz do combate à corrupção tema obrigatório das eleições em 2018. **Gazeta do Povo**, São Paulo, 18 nov. 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2018/lava-jato-faz-do-combate-a-corrupcao-tema-obrigatorio-das-eleicoes-em-2018-1rcjryw0xq4utdel3mqq0txqn>. Acesso em: mar. 2019.

KANG, David. **Crony capitalism: corruption in South Korea and the Philippines**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KATZ, Jonathan G. Who benefited from the bailout? **Minnesota Law Review**, v. 95, n. 5, p. 1568-1613, 2011. Disponível em: http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/05/Katz_PDF.pdf. Acesso em: maio 2019.

_____; SALINAS MUNOZ, Emanuel; STEPHANOU, Constantinos. Credit rating agencies: no easy regulatory solutions. **Crisis Response Policy Brief**, The World Bank Group, Financial and Private Sector Development Vice Presidency, n. 8, Oct. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228200277_Credit_Rating_Agencies_No_Easy_Regulatory_Solutions. Acesso em: mar. 2019.

KAUFMANN, Daniel. Corruption and the global financial crisis. **Forbes**, New York, Jan 27 2009. Disponível em: https://www.forbes.com/2009/01/27/corruption-financial-crisis-business-corruption09_0127corruption.html#2dc222bb61b3. Acesso em: mar. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KENNEDY, David. The “Rule of Law”: political choices and development common sense. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Eds.). **The new law and economic development: a critical appraisal**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 95-173.

KHOLER, Mike. The story of foreign corrupt practices act. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 73, n. 5, p. 929-1013, 2012.

KISHIMOTO, Satoko; PETITJEAN, Olivier (Eds.). **Reclaiming public services: how cities and citizens are turning back privatization**. Amsterdam; Paris: Transnational Institute (TNI), June 2017. Disponível em: https://www.tni.org/files/publication-downloads/reclaiming_public_services.pdf. Acesso em: mar. 2019.

LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva: comentários ao REsp nº 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. **Jota**, 26 dez. 2018. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018>. Acesso em: mar. 2019.

LOBO FILHO, Fernando Rissoli. **A lei anticorrupção e o regime jurídico do direito administrativo sancionador**. 2017. 217f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

LOWENSTEIN, Daniel Hays. When is a campaign contribution a bribe? In: HEFFERNAN, William C.; KLEINIG, John (Eds.). **Public and private corruption**. Maryland: Rowman and Littlefield, 2004. p. 125-172.

MAGRO, Maíra. "Acordo de leniência com um só órgão traz insegurança jurídica". [Entrevista com a Ministra-chefe da Advocacia-Geral da União (AGU), Grace Mendonça]. **Valor Econômico**, São Paulo, 7 mar. 2017. p. A14.

MANTEGA, Guido; MORAES, Maria. **Acumulação monopolista e crises no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Entre independência institucional e o neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do promotor natural. In: RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves. (Org.) **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 135-163.

_____. Os grandes desafios do controle da administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte. v. 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito penal e direito administrativo**. São Paulo: Singular, 2013.

MAZZUCATO, Mariana. **The entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. London; New York: Anthem Books, 2014.

MELO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. Mais prisões, inovação institucional. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 fev. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/02/1858189-mais-que-prisoas-inovacao-institucional.shtml>. Acesso em: mar. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **ENCCLA - 2018**. Coordenação. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/enccla>. Acesso em: mar. 2019.

MOON, Jeremy; CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. Can corporations be citizens? Corporate citizenship as a metaphor for business participation in society. **Business Ethics Quarterly**, v. 15, n. 3, p. 429-453, July 2005.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulliti. **R. CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

MP dos acordos de leniência perde a validade. *Senado Notícias*, Brasília, 31 maio 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade>. Acesso em: mar. 2019.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles. In: _____; JOHNSTON, Michael (Eds.). **Transitions to good governance: creating virtuous circles of anti-corruption**. Cheltenham: Elgar, 2017. p. 1-30.

_____. Romania's italian-style anticorruption populism. *Journal of Democracy*, v. 29, n. 3, p. 104-116, July 2018.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

NASSER, Salem Hikmat; GARCEZ GHIRARDI, José. Around the pyramid: political-theoretical challenges to law in the age of global governance. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 61-69, 2018.

NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: um debate pela perspectiva penal**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

OFFICE OF THE SPECIAL INSPECTOR GENERAL FOR THE TROUBLED ASSET RELIEF PROGRAM - SIGTARP. **Exiting TARP: repayments by the largest financial institutions**. Special Inspector General for the Troubled Asset Relief Program, September 29, 2011. Disponível em: https://www.sig tarp.gov/Audit%20Reports/Exiting_TARP_Repayments_by_the_Largest_Financial_Institutions.pdf. Acesso em: mar. 2019.

OLIVEIRA, Germano. Henrique Meirelles: São Paulo vai privatizar tudo o que for possível. **Isto É**, São Paulo, n. 2569, 22 mar. 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/sao-paulo-vai-privatizar-tudo-o-que-for-possivel/>. Acesso em: mar. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Brazil: Phase 1 – Review of the implementation of the Convention and 1997 Recommendation**. This report was approved and adopted by the Working Group on Bribery in International Business Transactions on 31 August 2004. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33742137.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

_____. **Brazil: Phase 2 – Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions**. This report was approved and adopted by the Working Group on Bribery in International Business Transactions on 7 December 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/39801089.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. **Brazil: Follow-Up to the Phase 3 Report and Recommendations.** [The OECD Working Group on Bribery's summary of and conclusions to the report were adopted on February 10 2017]. OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

_____. **Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions** and Related Documents. OECD Publishing, 2011. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf. Acesso em: jul. 2018.

_____. **Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil.** [It was adopted by the Working Group on Bribery's on 16 October 2014]. OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>. Acesso em: jul. 2018 e mar. 2019.

_____. **Privatization in the 21st Century: recent experience from OECD Countries. Report on Good Practices.** OECD Publishing, Jan. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48476423.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública.** São Paulo: Malheiros Ed., 2015.

_____; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). **Controle da administração pública.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21-38.

PAMPLONA, Nicola; VETTORAZZO, Lucas. 'Tem que ir tudo', diz Guedes ao defender privatização das estatais. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/em-evento-no-rio-presidentes-de-estatais-defendem-privatizacao.shtml>. Acesso em: mar. 2019.

PELTZMAN, Sam. George Stigler on Regulation: lessons for today. **Oxford Business Law Blog**, 25 Oct. 2017. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/10/george-stigler-regulation-lessons-today>. Acesso em: mar. 2019.

PEREIRA, Renée. No Brasil, venda de estatais vira saída para fechar contas. **Estado de S. Paulo**, São Paulo, 3 nov. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-venda-de-estatais-vira-saida-para-fechar-contas,70002581988>. Acesso em: mar. 2019.

_____. Crise leva 253 empreiteiras à recuperação judicial. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 27 set. 2015. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,crise-leva-253--empreiteiras-a--recuperacao-judicial,1769662>. Acesso em: mar. 2019.

PERLMAN, Rebecca L.; SYKES, Alan O. The political economy of the foreign corrupt practices act: an exploratory analysis. **Journal of Legal Analysis**, v. 9, n. 2, p. 153-183, 2017.

POLÍTICOS temem punição pelo caixa 2 e, agora, pelo caixa 1. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 mar. 2017. Editorial.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Accountability institutions and political corruption in Brazil. In: _____; _____ (Eds.). **Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability**. Notre Dame-IN, USA: University of Notre Dame Press, 2011.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do Mensalão (APn 470/MG do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./fev. 2014.

_____. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017.

REINHART, Carmem M.; ROGOFF, Kenneth S. Recovery from financial crises: evidence from 100 episodes. **NBER Working Paper** n. 19823, Cambridge-Mass: National Bureau of Economic Research. Jan. 2014. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w19823.pdf>.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Remediando os problemas de liquidez para evitar o colapso do setor de infraestrutura brasileiro**. Versão 10 em 26 janeiro 2015. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/remediando-os-problemas-de-liquidez-do-setor-de-infraestrutura10-limpa.pdf>. Acesso em: mar. 2019.

RIZZO, Alana; VELASCO, Joel. As empresas conseguem migrar do *crony capitalism* (capitalismo de laços) para práticas íntegras de interação com o governo? In: SELIGMAN, Milton; MELLO, Fernando (Orgs.). **Lobby desvendado: democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 183-205.

RODRIGUEZ, Caio Farah. Além de enfrentar a corrupção, lava jato impõe capitalismo aos empresários. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 02 jul. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/07/1897570-choque-de-legalidade-e-adequacao-do-capitalismo-sao-herancas-da-lava-jato.shtml>. Acesso em: ago. 2018 e mar. 2019.

_____; GRANDCHAMP, Márcio S. Moralidade pública vs. moralização social: esquema revelado pela Operação Lava Jato caracteriza, de forma inequívoca, violação fundamental da moralidade pública. **Jota**, 10 jun. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moralidade-publica-versus-moralizacao-social-10062015>. Acesso em: abr. 2019.

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

ROSILHO, André Janjacom. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROSILHO, André Janjacom. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil?:** as reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. 2011. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

SABEL, Charles F. **Bootstrapping development:** rethinking the role of public intervention in promoting growth. Paper presented at the Protestant Ethic and Spirit of Capitalism Conference, Cornell University, Ithaca, New York October 8-10, 2004 This version, Nov. 14 2005. Ithaca. Disponível em: <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/bootstrapping%20deve%20send5.pdf>. Acesso em: ago. 2018.

SALOMÃO, Alexa; CALAIS, Alexandre. ‘Ajuste tem que ser maior e mais rápido’: para economista, sem resolver a questão da dívida das empresas, recuperação da economia será bem mais lenta que a imaginada [Entrevista com Paulo Leme, presidente da Goldman Sachs no Brasil]. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 20 nov. 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ajuste-tem-de-ser-maior-e-mais-rapido,10000089452>. Acesso em: ago. 2018.

SCHAPIRO, Mario G. **Novos parâmetros para intervenção do Estado na economia:** persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SHAOUL, Jean. Using the private sector to finance capital expenditure: the financial realities. In: AKINTOYE, Akintola; BECK, Matthias (Eds.). **Policy, finance & management for public-private partnerships**. Oxford: Wiley-Blackwell, 2008. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9781444301427.ch2/summary>. Acesso em: mar. 2019.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. 2010. 23 p. **Academia.edu**. Disponível em: https://www.academia.edu/17569759/2010_-_Pedido_nas_a%C3%A7%C3%B5es_de_improbidade_administrativa.

SINGER, André. Cutucando onças com varas curtas: o ensaio desenvolvimentista no Primeiro Mandato de Dilma Rousseff (2011-2014). **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 43-71, jul. 2015.

SOUZA, Jessé de. **A elite do atraso:** da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. **Key statistics from 1977 to present**. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>. Acesso em: mar. 2019.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Sciences**, New York, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

SUNDFELD, Carlos A. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAMANAH, Brian Z. The primacy of society and the failures of law and development. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 44, n. 2, p. 209-247, 2011.

TENDÊNCIAS CONSULTORIA INTEGRADA. **Cenários regionais de setores, PIB e renda 2015-2019**. Mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2zVjRZY>. Acesso em: 40 dez. 2018.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o Instituto. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 237-254.

TRUBEK, David M. Law and development 50 years on. (October 15, 2012). International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences (Forthcoming); **University of Wisconsin Legal Studies Research Paper**, Madison, n. 1212. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2161899>. Acesso em: mar. 2018.

_____; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. Toward a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. In: CISSÉ, Hassane; MULLER, Sam; THOMAS, Chantal; WANG, Chenguang (Eds.). **Legal innovation and empowerment for development**. Washington DC: The World Bank, 2013. p. 281-346. (The World Bank Legal Review; v. 4). Disponível em: http://law.wisc.edu/gls/documents/trubekupdates/final_trubek_coutinho_schapiro_3rdpass_1_.pdf. Acesso em mar. 2019.

UNDERKUFLER, Laura S. **Captured by evil: the idea of corruption in law**. New Haven-CT: Yale University Press, 2013.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Divison. **Evaluation of corporate compliance programs**. Washington-DC, Apr. 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: mar. 2019.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Guidelines Manual 2018**. Washington-DC, 2018. Chapter 8 – Sentencing of organizations. p. 509-553. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>. Acesso em: maio 2019.

VIEIRA, A. G. Entrevista do Sub-Procurador da República Marcelo Moscolgiati. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 mar. 2017. p. A14.

VIEIRA, Oscar V. **A batalha entre os Poderes**. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país**. São Paulo, Leya, 2018.

_____; BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Um plano de ação para o salvamento do projeto nacional de infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociologia comprensiva. Trad. José Medina Echavarría et. al. México, D.F.: Fondo de Cultura Econômica, 2004.

_____. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltenir Dutra. São Paulo: LDC, 1982.

WITWER, David. The different meanings of corruption in the context of the teamsters union. **Journal of Labor Research**, v. 21, n. 2, p. 287-304, 2000.

YANT, Martin. **Presumed guilty**: when innocent people are wrongly convicted. New York: Prometheus Books, 1991.

YATES, Sally Quillian. **Memorandum from Sally Q. Yates, Deputy Attorney Gen., U.S. Dep't of Justice, to all component heads and United States attorneys**. Washington-DC, 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. Acesso em: mar. 2019.

YOU, Jong-sung. South Korea: the odyssey to corruption control. In: MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (Eds.). **Transitions to good governance**: creating virtuous circles of anti-corruption. Cheltenham: Elgar, 2017.

Jurisprudência brasileira

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR**. [Termo de Colaboração Premiada de João Carlos Medeiros Ferraz e alegações finais apresentadas nos autos da Ação Penal]. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/fib/direitos-e-crimes-financeiros/assets/download/sentenca-da-operacao-lavajato-elemento-subjetivo.pdf>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Seção Judiciária do Paraná 1ª Vara Federal de Curitiba. **Ação de Improbidade Administrativa nº 5025956-71.2016.4.04.7000/TRF4**. [Decisão interlocutória proferida pelo Juiz Friedmann Anderson]. Curitiba, 24 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/odebrecht-improbidade.pdf>.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF. Procuradoria da República no Paraná. **Força-Tarefa Lava Jato**. [Denúncia apresentada pelo MPF nos autos da Ação Penal nº 5033771-51.2018.404.7000/PR]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/denuncia-mp>.

_____. Procuradoria da República no Paraná. **Termo do Acordo de Colaboração Premiada**. Paulo Roberto da Costa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>.

_____. Seção Judiciária do Paraná. **Ação Penal nº 5019727-95.2016.4.04.7000/PR**. [Denúncia apresentada pelo MPF].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 4650 - Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Plenário, 17.09.2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>.

_____. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 35.435 Distrito Federal.** [Relator Min. Gilmar Mendes]. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2327610>.

_____. **Pet 7210.** Relator: Min. Edson Fachin.

_____. Relator: Ministro Teori Zavascki. [**Termos de colaboração assinados por Nestor Cerveró**]. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/06/Cerver%C3%B3-vol-2.pdf>.

_____. **PET 6122.** Relator Atual: Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975750>.

_____. **PET 6138.** Relator Atual: Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983327>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. Secretaria das Sessões. Ata nº 8, de 20 de março de 2019. **Processo nº TC-016.991/2015-0.** [Min. Relator Walton Alencar Rodrigues].

_____. Secretaria das Sessões. Ata nº 26 de 11 de julho de 2018. **Acórdão nº 1553/2018 - TCU – Plenário.** Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2018_26.pdf.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-vania-leniencia.pdf>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 1943-58.2014.6.00.0000.** [Depoimento de Benedicto Barbosa da Silva Junior]. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/04/Benedicto-Barbosa-da-Silva-Junior-depoimento-TSE.pdf>.

_____. **AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000.** Audiência de Elton Negrão de Azevedo Junior. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/arquivos/aije-2014/depoimento/17-audiencia-de-28.09.2016-elton-negrao-de-azevedo-junior-fl-3917-3954-vol-14.pdf>.

_____. **AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000.** Depoimento de Hamilton Pinheiro Padilha Junior. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/arquivos/aije-2014/depoimento/07-audiencia-de-16.09.2016-hamilton-pinheiro-padilha-junior-fl-3707-3734-vol-12.pdf>.

_____. **AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000.** Audiência de Otávio Marques de Azevedo. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/arquivos/aije-2014/depoimento/12-audiencia-de-19.09.2016-otavio-marques-de-azevedo-fl-3501-3542-vol-12.pdf>.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. **AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000**. Depoimento de Vitor Sarquis Hallack.

_____. **AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000**. Audiência de Zwi Skornicki. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/arquivos/aije-2014/depoimento/06-audiencia-de-16.09.2016-zwi-skornicki-fl-3619-3657-vol-13.pdf>.

_____. **AIJE nº 1943-58.2014.6.00.0000**. Depoimento prestado por Marcelo Bahia Odebrecht.

_____. **Processo AIJE 194358**. Oitiva do sr. Rogério de Sá Nora. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/arquivos/aije-2014/depoimento/22-audiencia-de-7.10.2016-rogerio-nora-de-sa-fls-4653-4662-vol-16.pdf>.

Jurisprudência estrangeira

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). **World Duty Free v. Kenya**, ICSID Case No. ARB/00/7, 46 I.L.M. 339.

U.S. SUPREME COURT. **McCormick v. United States**, 500 U.S. 257 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/257/>.

_____. **Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Co.**, 324 U.S. 806 (1945). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/324/806/>.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, FOURTH CIRCUIT. **United States of America, Appellee, v. Keith L. Arthur, Appellant**. 544 F.2d 730. Disponível em: <https://openjurist.org/544/f2d/730/united-states-v-l-arthur>.