

ANDRÉ LUIZ DA SILVA DOS SANTOS

Mãos Limpas e Lava Jato: alternativas no combate à corrupção

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Fabio Nusdeo

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2017**

ANDRÉ LUIZ DA SILVA DOS SANTOS

Mãos Limpas e Lava Jato: alternativas no combate à corrupção

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 Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Prof. Dr. Fabio Nusdeo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2017**

Luiz da Silva dos Santos, André

Mãos Limpas e Lava Jato: alternativas de combate à corrupção /André Luiz da Silva dos Santos: orientador Professor Doutor Fabio Nusdeo -- São Paulo, 2017.

212 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Corrupção. 2. Mãos Limpas. 3. Lava Jato. 4. Anticorrupção. 5. Corregedoria. I. Nusdeo, Fabio, orientador. II. Título.

Corruptissima republica plurimae leges

Públio Cornélio Tácito

*À minha família que com muito carinho e apoio nunca mediram esforços para que eu
chegasse até esta etapa de minha vida.*

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Fabio Nusdeo pelos ensinamentos, pelo convívio e por ter acreditado no propósito deste trabalho.

RESUMO

SANTOS, André Luiz da Silva dos. *Mãos Limpas e Lava Jato: alternativas no combate à corrupção*. 2017. 212 p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A corrupção se apresenta como um fenômeno multidisciplinar, necessitando de abordagens teóricas que invariavelmente nos remetem ao estudo e à compreensão de vários aspectos do conhecimento humano. O direito enquanto instrumento de aplicação de outras ciências, na medida de suas limitações e possibilidades, deve cumprir a sua finalidade agindo diretamente sobre o controle e o combate dos atos de corrupção. A sistematização das práticas de corrupção inviabiliza o desenvolvimento econômico pleno, e seus malefícios, apesar de difícil mensuração, impedem a efetivação de uma democracia plena, afetando as instituições governamentais, além de impossibilitar uma distribuição de renda mais justa e igualitária. Nesse sentido, a Corregedoria-Geral da Secretaria da Receita Federal do Brasil (COGER/RFB) como órgão de controle interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) vem contribuindo com um combate efetivo e direto em relação aos atos de corrupção quando praticados por servidores públicos integrantes do seu quadro funcional. Considerando a relevância do combate à corrupção para o momento atual, esta tese tem por objetivo, ao apresentar a complexidade do tema, analisar o impacto da corrupção no pleno desenvolvimento econômico, comparando a Operação Mãos Limpas ocorrida na Itália com a Operação Lava Jato, ainda em curso no Brasil. Apresenta em que medida o sistema de corregedoria da RFB participa do controle da corrupção dentro de suas competências, além de destacar a importância da experiência internacional neste combate, sugerindo algumas alternativas inovadoras ou de melhorias às formas de controle já existentes.

Palavras-chave: Corrupção. Desenvolvimento econômico. Receita Federal. Corregedoria. Itália. Mãos Limpas. Lava Jato.

ABSTRACT

SANTOS, Andre Luiz da Silva dos. *Clean Hands and Jet Launder: Anti-Corruption Alternatives*. 2017. 212 p. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

Corruption presents itself as a multidisciplinary phenomenon, it needs to be presented as theoretical approaches that invariably refer us to the study and understanding of various aspects of human knowledge. Law as an instrument for the application of other sciences, to the extent of its limitations and possibilities, must fulfill its purpose by acting directly on the control and fight against corruption. The systematization of corrupt practices avoid the full economic development, and its harms, despite difficult measurement, prevent the realization of a full democracy, affecting the government institutions, besides making it impossible to distribute a more just and equal income. In this sense, the internal control body of the Brazilian Internal Revenue Service (*Secretaria da Receita Federal do Brasil/RFB*), the *Corregedoria-Geral da Secretaria da Receita Federal do Brasil (COGER/RFB)* has been contributing to an effective and direct fight against acts of corruption when practiced by public servants who are members of its functional body. Considering the relevance of the fight against corruption at the present moment, this thesis aims, as presenting the complexity of the theme, to analyze the impact of corruption on full economic development, comparing the Operation Clean Hands that occurred in Italy with the Operation Jet Launder, still in progress in Brazil. It presents the extent to which the *RFB's* internal control system participates in the control of corruption within its competences, as well as to emphasize the importance of international experience in this fight, suggesting some innovative alternatives or improvements to existing forms of control.

Keywords: Corruption. Economic development. Internal Revenue Service. Comptroller's office. Italy. Clean Hands. Jet Laundry.

RIASSUNTO

SANTOS, Andre Luiz da Silva dos. *Mani Pulite e Lava Jato: alternative di lotta alla corruzione*. 2017. 212 p. Tesi di Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2017.

La corruzione si presenta come un fenomeno multidisciplinare, richiedendo approcci teorici che invariabilmente ci portano allo studio e alla comprensione dei vari aspetti della conoscenza umana. Il diritto come strumento per l'applicazione di altre scienze, quanto alle sue limitazioni e possibilità, deve raggiungere il suo scopo agendo direttamente sul controllo e sulla lotta contro gli atti di corruzione. La sistematizzazione delle pratiche di corruzione mina il pieno sviluppo economico, ed i suoi effetti nocivi, anche se difficili da misurare, impediscono la realizzazione di una piena democrazia, colpendo le istituzioni governative oltre a rendere impossibile una distribuzione del reddito più equa e egualitaria. In questo senso, la *Corregedoria-Geral da Secretaria da Receita Federal do Brasil (COGER/RFB)*, come un organo di controllo interno della *Secretaria da Receita Federal do Brasil/RFB*, contribuisce a un combattimento efficace e diretto in relazione agli atti di corruzione commessi da incaricati che fanno parte del pubblico servizio. Considerando l'importanza della lotta contro la corruzione ai giorni nostri, questa tesi si propone, nel presentare la complessità della questione, di analizzare l'impatto dello sviluppo economico completo, mettendo a confronto l'Operazione Mani Pulite avvenuta in Italia con l'Operazione Lava Jato ancora in corso in Brasile. La tesi mostra anche in che misura il sistema di controllo della RFB partecipa alla verifica della corruzione nell'ambito delle sue competenze, oltre a evidenziare l'importanza dell'esperienza internazionale in questo combattimento, suggerendo alcune forme innovative o miglioramenti dei modi di controllo esistenti.

Parole chiave: Corruzione. Sviluppo economico. Agenzia delle Entrate. Controllo interno. Mani pulite. Lava Jato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS, MULTIDISCIPLINARIDADE DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO	17
1.1 Notas sobre direito e comunicação	17
1.2 A importância da linguagem verbal-escrita na compreensão do fenômeno jurídico.....	18
1.3 O processo comunicacional	20
1.4 Signo e triângulo semiótico	21
1.5 Conceituando o fenômeno da corrupção	23
1.5.1 Etimologia.....	23
1.5.2 Corrupção como fenômeno multidisciplinar	24
1.5.4 Corrupção e Criminologia	38
1.5.5 Corrupção e Economia.....	45
1.5.5.1 O modelo de decisão de Gary Becker.....	47
1.5.5.2 O custo do crime	49
1.5.5.3 O Modelo	51
1.6 Complexidade da corrupção sistêmica	60
1.6.1 Dimensões do fenômeno da corrupção	61
1.6.2 A transformação do fenômeno corruptivo: a corrupção político-administrativa-sistêmica.....	63
1.6.3 O acordo criminoso (<i>pactum sceleris</i>) na corrupção político-administrativa-sistêmica e a perda da “dualidade” do pacto corruptivo.....	63
1.6.4 A dinâmica do acordo criminoso na corrupção sistêmica	64
1.6.5 Os efeitos da mutação criminológica da corrupção ao lado do “bem jurídico” ofendido	65
1.7 Corrupção e filosofia	66
1.9 Direito e moral	70
1.10 Moralidade administrativa	73
1.11 Moralidade administrativa no direito brasileiro.....	76
1.12 Moralidade e probidade administrativa	77
1.13 Corrupção e administração pública.....	79
1.13.1 A questão do bem jurídico no crime de corrupção	79

1.13.2 Fatores relacionados à estrutura organizacional da Administração Pública e que contribuem para a proliferação da corrupção	82
1.13.3 Contribuição de outros atores na disseminação da corrupção	84
2 A ITÁLIA E A EXPERIÊNCIA DA OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS (MANI PULITE), NO BRASIL A LAVA JATO	86
2.1 Operação <i>Mani Pulite</i> (Mãos Limpas).....	86
2.2 Operação Mãos Limpas e a influência da Máfia	87
2.3 A evolução da Máfia – uma história recente	91
2.4 Mani Pulite se aproxima	91
2.5 A operação Mani Pulite é deflagrada.....	92
2.6 A história de <i>Tangentopoli</i> (Tangentópolis).....	95
2.7 Finalmente Mani Pulite.....	97
2.8 A fase pós-operatória	103
2.9 O dinamismo jurisprudencial e a tendência a forçar o “tipo criminoso” dos delitos de corrupção	105
2.10 O problemático reforço da ação repressiva: os limites estruturais do direito penal no combate à corrupção	105
3 CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL, EVOLUÇÃO E EFEITOS NO BRASIL	112
3.1 Conceito e evolução	112
3.2 Globalização, Direito Penal e Corrupção	114
3.3 Os Estados Unidos e os <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (FCPA).....	117
3.4 Corrupção e tráfico de influência internacional no Brasil	125
3.5 Bem jurídico tutelado nos crimes de corrupção e de tráfico de influência internacional .	127
4. SISTEMA DE CONTROLE INTERNO, O FOCO DA COGER NO COMBATE À CORRUPÇÃO E MEDIDAS GERAIS APLICÁVEIS.....	128
4.1 Estrutura do Ministério da Fiscalização, Transparência e Controle	128
4.2 A Corregedoria-Geral da União (MFTC/CRG).....	131
4.3 A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda	132
4.4 A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil	132
4.5 Medidas gerais aplicáveis no combate à corrupção.....	139
4.5.1 Análise de instrumentos repressivos e preventivos para um modelo “integrado” de combate à corrupção	139
4.5.2 O reforço do sistema repressivo da corrupção.....	140
4.5.3 A adequação da estrutura dos delitos de corrupção às mutações do fenômeno corruptivo: entre a exigência de garantia e de efetividade.....	140
4.5.4 O problema da falta de efetividade dos delitos de corrupção	141

4.5.5 O reforço dos instrumentos de avaliação/controlado da corrupção	141
4.5.6 O reforço do sistema preventivo contra a corrupção	143
4.5.7 O problema da proibição de candidatar-se, do conflito de interesse e procedimento de urgência.....	144
4.5.8 A “revitalização” do sistema disciplinar.....	144
4.5.9 Modelos organizacionais anticorrupção na administração pública: para uma responsabilização punitiva da pessoa jurídica pública?.....	146
4.5.10 O controle da corrupção por meio da efetivação de uma esfera pública segundo Habermas	146
4.5.10.1 A teoria do discurso de Habermas	147
4.5.10.2 Esfera Pública	150
4.5.10.3 O papel da esfera pública segundo Habermas	152
4.5.11 A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)	154
4.5.11.1 A natureza jurídica da Lei 12.846/2013.....	154
4.5.11.2 Direito Administrativo Sancionador ou Direito Penal-Administrativo	155
4.5.11.3 Processo Administrativo de Responsabilização – PAR.....	156
4.5.11.4 O acordo de leniência (Art. 16 a 17-B).....	161
4.5.11.5 Responsabilização judicial (Art. 18 a 21).....	163
4.5.11.6 Decreto 8.420/2015.....	165
CONCLUSÃO	206
REFERÊNCIAS.....	208

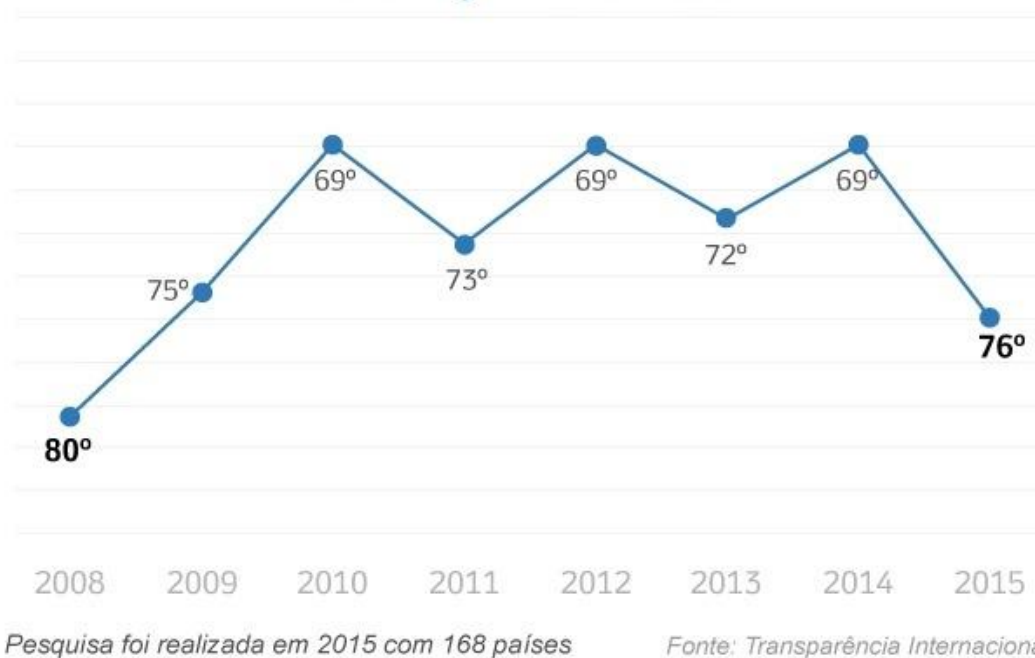
INTRODUÇÃO

Apesar da associação que normalmente se faz correlacionando a ocorrência da corrupção aos países em desenvolvimento, o que se constata é que o fenômeno não é um produto único e exclusivo destas economias. Em função da dificuldade em se mensurar os prejuízos que a corrupção causa em uma sociedade, os governos (principalmente nos países de economias menos desenvolvidas) não se preocupam com um combate mais efetivo e, por outro lado, as organizações criminosas que praticam o que também é conhecido como crime de colarinho-branco, apoderam-se cada vez mais de estruturas que dificilmente são expurgadas do tecido social, fazendo com que toda a sociedade seja afetada pelas consequências nefastas da ação desses grupos criminosos. A corrupção impede o pleno desenvolvimento econômico de um país, causando danos ao erário e minando recursos que deveriam ser utilizados em prol de toda a sociedade.

Para combater os sintomas da corrupção sistêmica, esta tese propõe um trabalho de pesquisa sistemática e multidisciplinar acerca do fenômeno da corrupção, com estudos comparados, demonstrações de abordagens psicológicas, antropológicas, sociológicas, criminológicas e filosóficas, passando por uma melhora no aparelhamento técnico do Estado e de seus agentes públicos, com instrumentos modernos e eficazes de combate e prevenção, no intuito de propor de que forma seria possível promover a redução nos índices de corrupção observados no Brasil, possibilitando a alavancagem no desenvolvimento econômico do país e consequente aumento do orçamento estatal disponível para ser utilizado pela e para a sociedade.

A Transparência Internacional relatou que no ano de 2015 o Brasil caiu sete posições no *ranking* sobre percepção da corrupção elaborado por esta ONG, resultando em sua pior colocação desde 2008. Em 2014, o país ocupava a 69ª posição e em 2015 a 76ª, o que representa a maior queda entre todos os 168 países pesquisados. Um dos motivos apontados para essa queda tão significativa guarda relação estreita com os fatos que foram amplamente noticiados a partir da Operação Lava Jato.

EVOLUÇÃO DO BRASIL



Fonte: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/01/27/brasil-cai-em-ranking-da-corrupcao-transparencia-diz-que-resultado-nao-e-surpresa.htm>

Antes mesmo de ser deflagrada a Operação Lava Jato, em 17 de março de 2014, mais precisamente no segundo semestre de 2011, este trabalho, ainda como projeto, desenhava-se inspirado no conteúdo de um artigo denominado *Considerações sobre a operação **mani pulite***¹, do então pouco conhecido juiz Sergio Moro.

A ideia inicial seria estudar o caso italiano com seus desdobramentos, seus atores, políticos, agentes do estado, empresários envolvidos, as consequências que se seguiram no período pós-operatório, relatando seus sucessos e fracassos, e a conclusão óbvia de que a corrupção na Itália não havia sido derrotada, mas que um forte golpe tinha sido aplicado a partir de uma resposta simples, mas firme, sugerindo que até mesmo no Brasil seríamos capazes de conduzir uma atuação semelhante.

A resposta não tardaria. Em 2014, 10 anos após ter sido escrito o artigo sobre a operação Mãos Limpas, é deflagrada no Brasil a Operação Lava Jato, alterando todo o rumo da história da corrupção no Brasil e, como não poderia ser diferente, a estratégia de desenvolvimento desta tese.

¹ MORO, Sergio Fernando. Consideracoes sobre a operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/04/trabalho_internet_revista.pdf>. Acesso em 01/03/2017.

O Capítulo 1 se dedica à importância atribuída à relação existente entre o Direito e a comunicação, conceituando o fenômeno da corrupção a partir da experiência trazida de várias áreas do conhecimento humano, até fixar-se um conceito a ser utilizado neste trabalho, qual seja, o de corrupção em seu sentido moderno; o que não significa furtar-se a trabalhar com outras ou até com todas as definições possíveis a serem mencionadas acerca do fenômeno, mas com um cuidado especial no tocante àquela. A filosofia do Direito representa um marco importante no caminho que se deseja percorrer, pois fomentará discussões e questionamentos necessários para que se possam fixar os valores e os fundamentos jurídicos a serem observados seja na interpretação dos instrumentos legais preexistentes acerca da disciplina do combate e da prevenção à corrupção, seja nos enfrentamentos de *lege ferenda* que possam ser suscitados ao longo do trabalho. Assim, a filosofia do Direito será de grande utilidade no enfrentamento de questões preliminares como, por exemplo, qual seria a justa punição que melhor se aplica aos casos de corrupção, explicando, assim, com maior precisão, de que forma pode-se refletir sobre o significado de justiça para que seja possível inferir determinadas conclusões sobre esta ou aquela punição sob o rótulo de decisão mais ou menos justa. Contudo, a decisão última sobre a determinação da penalidade a ser aplicada a cada infração cometida recai nos braços do poder legislativo, sendo este poder o principal interessado no desenvolvimento dessas discussões, na medida em que vão influenciar no procedimento parlamentar e que normalmente é influenciado por grupos de interesse, além da força relativa da opinião pública.

O Professor Fábio Nusdeo deixa clara essa preocupação ao fazer menção a um estudo de um autor norte-americano sobre a Constituição dos Estados Unidos, o qual conclui ter ela sido encomendada para atender aos interesses dos *founding fathers* (grupo de interesses dos grandes proprietários de terras e fundadores na nação). Nesse sentido, levanta um questionamento crucial para a verificação da proposição demonstrada neste artigo:

A partir desse episódio, começa a haver essa discussão: a lei é feita para atender ao interesse de todos, ao interesse coletivo – aquilo que os norte-americanos chamam de *republicanism* – ou a lei é direcionada para interesses menos alevantados, ou mais específicos a determinados grupos.²

² NUSDEO, Fábio. Legislação econômica, grupos de pressão e regulação. In _____. *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Tercio Sampaio Ferraz Junior, Calixto Salomão Filho, Fábio Nusdeo (orgs). Barueri, SP: Manole, 2009, p.2.

De certa forma, o problema apresentado pelo Professor Fábio Nusdeo na seara do Direito Econômico se repete em todos os ramos do Direito, no interesse deste trabalho no Direito Administrativo Disciplinar e no Direito Penal. Infelizmente, ainda existe uma preocupação maior com os chamados crimes de delinquência (teoria da subcultura delinquente), roubos, furtos e homicídios, em virtude da grande comoção social que estes tipos penais promovem, fazendo com que nos esqueçamos dos crimes de colarinho-branco, que, quando devidamente estudados e considerados, podem indiretamente causar danos muito mais relevantes à sociedade quando comparados aos primeiros. Este dado é preocupante e dele não podemos nos descuidar. Entretanto, a redução das desigualdades sociais e a construção de um país mais justo e solidário passa inevitavelmente pelo bom andamento das finanças governamentais e por uma economia nacional saudável e pujante. Daí a importância multidisciplinar do tema e a necessidade de uma discussão mais profunda e interligada aos vários aspectos que influenciam a formação de políticas dotadas de legitimidade social.

O Capítulo 2 retrata o conteúdo histórico da operação *Mani Pulite* com seus quatorze anos de existência, seus acertos e seus erros, a influência da máfia e da maçonaria em toda formação histórica das instituições italianas que possibilitaram aquela configuração de poderes ainda na primeira República. Posteriormente, faz-se notar a indubitável semelhança não somente em relação ao *modus operandi* das organizações criminosas envolvidas nos esquemas de corrupção tanto na Itália quanto no Brasil, mas também na atuação dos dois ministérios públicos, que foram verdadeiros protagonistas no curso das duas investigações, e por que não, da reação dos parlamentares movida pelo temor do que aos poucos ia sendo descoberto pelos acordos de colaboração premiada que, como em uma reação em cadeia, ia comprometendo agentes políticos oriundos dos mais diversos partidos.

Aprofundando a discussão a respeito da legitimidade de nossa produção legislativa, cumpre destacar que a própria sociedade brasileira tem reclamado por uma atitude mais enérgica por parte dos nossos governantes quando o assunto é corrupção. A agenda de discussões tem reservado posição de destaque para esse tema, como podemos bem observar a partir das recorrentes manifestações desencadeadas nos idos de 2013. Independentemente de qualquer juízo crítico contra ou a favor, é de se notar a relevante marca de mais de dois milhões de assinaturas que foram coletadas pelo Ministério Público Federal em apoio ao pacote de 10 medidas contra a corrupção propostas no curso da

operação Lava Jato, como uma das raras oportunidades em que a iniciativa popular se fez presente no processo de elaboração de leis.

Cumpra observar que o movimento multiplicou-se, sendo, em princípio, apartidário, e que conta com a participação de diversos setores direcionados da sociedade, conduzindo os políticos a preocuparem-se com os anseios dos seus eleitores, até porque os números atuais revelam mobilizações que superam a marca de mais de um milhão de pessoas predispostas a serem ouvidas em suas reivindicações. Esse, portanto, é o cerne do aprimoramento do aparato legal-punitivo que visa coibir a prática de atos de corrupção em uma esfera pública capaz de promover discussões entre os diversos atores sociais acerca da busca de soluções ótimas orientadas segundo um consenso. Busca-se, portanto, no berço das discussões filosóficas mais remotas até a que encontramos nos dias atuais, a fundamentação teórica necessária para a efetivação e para a implementação de políticas que enfrentem a corrupção e seus malefícios, para que seja possível propor alternativas viáveis para o seu combate. O Direito, como o grande aplicador das ciências sociais que é, tem a responsabilidade de regular a conduta do cidadão em uma sociedade e, nessa concepção, não poderá se furtar ao estudo dos ilícitos administrativos cometidos por agentes públicos, políticos ou não, e que configurem atos de corrupção. O aprimoramento do Direito Positivo em vigor, por meio de uma produção legislativa adequada, representativa e legitimadora dos reclamos sociais, auxiliam na melhoria do desempenho nos índices de desenvolvimento econômico do país, partindo do pressuposto de que existe uma relação inversa entre corrupção e desenvolvimento econômico e social.

O Capítulo 3 trata da corrupção transnacional e de que forma a internacionalização das práticas corruptivas afetou o Brasil. Como signatário de uma série de acordos internacionais visando o aprimoramento das técnicas de combate à corrupção, observa-se que não poucas vezes o ordenamento jurídico brasileiro se vê motivado a providenciar alterações legislativas cabíveis. Sendo parte de uma comunidade internacional e globalizada, o país sente reflexos provenientes dos relatórios que são elaborados pelas convenções internacionais que finalizam seus trabalhos recomendando a adoção de medidas cabíveis como elaboração de acordos.

Graças à cooperação internacional, a operação Lava Jato foi considerada tema de destaque em pronunciamentos de membros do Ministério Público Federal (MPF) durante a 21ª Conferência Anual da Associação Internacional de Procuradores (IAP), realizada em Dublin, na Irlanda. Destacou-se, no evento, a independência dos

investigadores e a importância da cooperação direta na busca por combater a criminalidade com maior eficiência.

No caso da Lava Jato, dois aspectos revelam a importância da cooperação internacional no combate à corrupção. Primeiro, o fato de grande parte do dinheiro lavado ter sido enviado ao exterior, por meio de depósitos em *offshores*. O segundo ponto é o armazenamento de informações e documentos em servidores de internet de outros países.

Não há muito mistério embasando o sucesso de operações como Mãos Limpas e Lava Jato. Além de um sistema jurídico que garanta o funcionamento das instituições sem interferências, constituem pilares para o sucesso dessas operações: coordenação, colaboração, cooperação, transparência e treinamento/ferramentas modernas.

Entre 2014 e 2016, foram firmados mais de 70 acordos de cooperação internacional relacionados à Lava Jato. A cooperação entre Brasil e Suíça foi usada como exemplo de sucesso para recuperação de ativos e aprofundamento das investigações, a partir da colaboração e do compartilhamento de informações e procedimentos, bem como a transferência de investigações. Ainda do exemplo suíço, a cooperação permitiu o bloqueio de mais de R\$ 800 milhões, sendo que R\$ 250 milhões já foram repatriados.

Por esses motivos, e levando em consideração a necessidade de implementação de instrumentos modernos e eficazes no combate à corrupção e à criminalidade organizada, não é possível abrir mão do acompanhamento sistemático da produção legislativa internacional e do cumprimento dos acordos internacionais que tratam da matéria.

O Capítulo 4 cuida do Sistema de Controle Interno e do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, relatando o papel de destaque que a Corregedoria-Geral da Secretaria da Receita Federal do Brasil desempenha para o sistema como um todo, uma vez que representa um órgão de correição dedicado ao principal órgão responsável pela arrecadação de tributos a nível nacional, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Em seguida, são abordadas algumas alternativas para o aprimoramento do combate à corrupção, adotando medidas as mais variáveis possíveis, de forma integrada, reforçando o sistema preventivo e repressivo, com propostas de alterações legislativas, passando pela efetivação de uma esfera pública até a adoção de denunciante de boa fé, os *whistleblowers*.

1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS, MULTIDISCIPLINARIDADE DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

1.1 Notas sobre direito e comunicação

Antes de iniciar o estudo específico objeto desta tese, dedica-se preliminarmente a algumas considerações sobre a importância do processo comunicacional para o estudo da ciência do direito, conforme apresentado em tese de láurea entregue à Faculdade de Direito da USP sob orientação do Professor Emérito Paulo de Barros Carvalho, posteriormente publicada em formato de artigo na internet.³

A noção de comunicação é complexa e não pode ser confundida com a teoria da comunicação, haja vista a diversidade de escolas que tentam explicá-la de formas tão diversas. Vide os exemplos de Marshall McLuhan e Jürgen Habermas que, em verdade, complementam-se e contribuem para a formação de todo o arcabouço de desenvolvimento dos conceitos que circundam a teoria da comunicação.

Os ensinamentos de Charles Sanders Peirce (1839-1914), lógico e matemático, fundador da semiótica (teoria dos signos) são relevantes no estudo do processo comunicacional. Para ele, um signo seria uma representação de uma coisa qualquer, um determinado objeto ou ser, que seria destinado a um intérprete, responsável pela compreensão do signo a ele destinado. O processo semiótico é, portanto, uma relação triádica, na qual um signo representa um determinado objeto destinado ao universo de um intérprete.

O método pragmatista de Peirce repudia as abstrações, mas, paradoxalmente sua obra é puramente abstrata:

Um signo ou *representamen* é algo que representa a alguém alguma coisa por qualquer relação de qualquer maneira”. Tudo é signo. O universo é um imenso *representamen*. Daí deriva, aliás, em Peirce, certa vagueza na definição do conceito de signo, pois para defini-lo seria preciso poder distinguir o que é signo do que não o é. Daí também certa dificuldade em delimitar o campo disciplinar da semiótica. “Todo o pensamento se dá em signos”. Pensar é manipular signos. O pragmatismo não é “nada mais, senão uma regra para estabelecer o sentido das palavras.”⁴

³ SANTOS, André Luiz da Silva dos. A estrutura lógico-formal do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. A regra-matriz de incidência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3030, 18 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20233>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

⁴ MATTELART, Armand e Michèle. *História das teorias da comunicação*. São Paulo: Loyola, 1999, p. 33-34.

A correta compreensão do processo comunicacional é de suma importância para o desenvolvimento de qualquer trabalho científico, incluindo-se, aí, as pesquisas jurídicas, pois é pela comunicação que se permitirá a construção dos conceitos fundamentais à disciplina, bem como o estabelecimento de um canal com o receptor da informação.

1.2 A importância da linguagem verbal-escrita na compreensão do fenômeno jurídico

Propomos uma “visão mais rigorosa da realidade e do mundo jurídico, tomando a linguagem como modo de aquisição do saber científico, aplicada por meio de mecanismos lógicos, na construção de modelos artificiais para a comunicação científica”.⁵

A língua é um dos sistemas sógnicos dos quais o homem se utiliza para efetivar o processo comunicacional e com isso evoluir no sentido de acumular conhecimento científico de forma eficaz.

Silvana Gontijo foi precisa ao afirmar que “cada palavra tem como pano de fundo uma língua inteira. E por sua vez, cada língua é um sistema de códigos que reflete valores, costumes e símbolos que constituem uma cultura”.⁶

É a partir do texto de direito positivo escrito em linguagem eminentemente técnica que obtemos a norma jurídica, como juízo formado a partir da leitura que fazemos desse texto juntamente com as sensações provocadas em nosso intelecto.

Paulo de Barros Carvalho leciona que: “[...] o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para sua significação. Nas duas situações encontraremos o *suporte físico* que se refere a algum objeto do mundo (*significado*) e do qual extratamos um conceito ou juízo (*significação*)”.⁷ (grifos do autor)

No processo comunicacional, levado a efeito a partir do esforço do legislador, devemos ter o cuidado de perceber que nem sempre o texto de um diploma será capaz de transmitir aos destinatários a integralidade de seu conteúdo normativo. Explicamos: por vezes, um diploma enuncia algumas definições, mas nem sempre conterà todas aquelas necessárias para a formação do juízo hipotético, sem que se complete sua apreensão via uma análise sistêmica, levando-se em consideração definições contidas em outros diplomas normativos.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

⁶ GONTIJO, Silvana. *O livro de ouro da comunicação*. Rio de Janeiro, Ediouro, 2004, p. 48.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 40-41.

Uma observação precisa ser feita, no caso da linguagem escrita, em relação às palavras que podem ser decompostas em unidades significativas. Estas, quando dispostas ordenadamente de acordo com a sintaxe em vigor, formam associações sintagmáticas de acordo com o sistema em voga. E, por fim, em relação às associações paradigmáticas, observaremos um exame da relação do signo com os interessados na linguagem (emissor e destinatário). Nesse sentido, cabe destacar a distinção apontada por Paulo de Barros Carvalho em relação ao texto no sentido estrito e texto em acepção ampla, para o jurista:

[...] *stricto sensu*, texto se restringe ao plano dos enunciados enquanto suportes de significações, de caráter eminentemente físico, expresso na sequência material do eixo sintagmático. Mas não há texto sem contexto, pois a compreensão da mensagem pressupõe necessariamente uma série de associações que poderíamos referir como linguísticas e extralinguísticas. Neste sentido, aliás, a implicitude é constitutiva do próprio texto.⁸

Sobre a importância do contexto no processo comunicacional, Pierre Lévy ministra interessante lição:

Seria a transmissão de informações a primeira função da comunicação? Decerto que sim, mas em um nível mais fundamental, o ato de comunicação define a situação que vai dar sentido às mensagens. A circulação de informações é, muitas vezes, apenas um pretexto para a confirmação recíproca do estado de uma relação. Quando, por exemplo, conversamos sobre o tempo com um comerciante de nosso bairro, não aprendemos absolutamente nada de novo sobre a chuva ou o sol, mas confirmamos um ao outro que mantemos boas relações, e que ao mesmo tempo nossa intimidade não ultrapassou um certo grau, já que falamos de assuntos anódicos, etc. [...] A comunicação só se distingue da ação, em geral, porque visa mais diretamente ao plano das representações. Na abordagem clássica dos fenômenos de comunicação, os interlocutores fazem intervir o contexto para interpretar as mensagens que lhes são dirigidas. Após vários trabalhos em pragmática e em microsociologia da comunicação, propomos aqui uma inversão da problemática habitual: longe de ser apenas um auxiliar útil à compreensão das mensagens, o contexto é o próprio alvo dos atos de comunicação. Em uma partida de xadrez, cada novo lance ilumina com uma luz nova o passado da partida e reorganiza seus futuros possíveis; da mesma forma, em uma situação de comunicação, cada nova mensagem recoloca em jogo o contexto e seu sentido. A situação sobre o tabuleiro de xadrez em determinado momento certamente permite compreender um lance, mas a abordagem complementar segundo a qual a sucessão dos lances constrói pouco a pouco a partida talvez traduza ainda melhor o espírito do jogo. O jogo da comunicação consiste em, através de mensagens, precisar, ajustar, transformar o contexto compartilhado pelos parceiros. Ao dizer que o sentido de uma mensagem é uma “função” do contexto, não se define nada, já que o contexto, longe de ser um dado estável, é algo que está em jogo, um objeto perpetuamente reconstituído e negociado. Palavras, frases, letras, sinais ou caretas interpretam, cada um à sua maneira, a rede das mensagens anteriores e tentam influir sobre o significado das mensagens futuras.⁹

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

⁹ LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2001, p. 21-23.

1.3 O processo comunicacional

Já vimos que o direito se manifesta por meio da linguagem verbal-escrita. A comunicação é um fenômeno eminentemente humano e só se permite pela linguagem, sendo a linguística o estudo científico da linguagem.

O processo comunicacional deve ser o mais eficiente possível de modo a permitir o correto manejo da hermenêutica jurídica por parte dos operadores do direito. Problemas como a vagueza e a ambiguidade, tão presentes na exegese dos textos jurídicos, devem ser afastados pelo devido cuidado com o uso correto da linguagem própria à ciência.

Luis Alberto Warat foi preciso ao afirmar que “fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo”, e acrescenta que sem rigor linguístico não há ciência, posto que ciência e linguagem são sinônimos.¹⁰

Ao concluirmos que ciência é, em verdade, uma linguagem, devemos atentar para o devido rigor linguístico a ser empregado no presente estudo, e como a linguagem é o conjunto ordenado de signos utilizados para promover a comunicação entre dois ou mais indivíduos, consideramos como termos inseparáveis a linguagem e a comunicação, de forma que a primeira faz nascer a segunda.

Para que o processo comunicacional se realize, há a necessidade da existência de mais de uma pessoa, ao menos um receptor e um emissor. Por outro lado, sendo a semiótica a teoria geral dos signos, entendemos como sendo a semiologia o estudo dos processos comunicacionais, ou seja, é a ciência que abrange os vários sistemas de comunicação existentes. Para tanto, o processo comunicacional só existirá quando estiver presente a intenção deliberada do emissor em transmitir sua vontade ao receptor, pressupondo uma relação social entre ambos, é o que se denomina elemento sêmico.

A comunicação pressupõe informação, mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, a mera transmissão de determinada informação ao receptor configura tão somente um ato comunicacional, mas a comunicação propriamente dita só ocorre quando o receptor acolhe a mensagem transmitida, compreendendo toda sua amplitude, o que nos faz entender o motivo pelo qual o fenômeno comunicacional e seu processo podem constituir verdadeiras barreiras a serem transpostas não somente para ciência do direito, mas também para todas as demais.

Paulo de Barros Carvalho explica o processo da seguinte forma:

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1964, p. 37-38.

Dentre os muitos traços que lhe são peculiares, vimos salientando que o direito oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito), como participa de sua constituição (direito positivo), o que permite a ilação forte segundo a qual não podemos cogitar de manifestação do direito sem uma linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão. Mantenho presente a concepção pela qual *interpretar* é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos.¹¹

1.4 Signo e triângulo semiótico

O signo é a unidade do sistema que permite a comunicação inter-humana. É um ente relacional, portanto. Observamos, no signo, um suporte físico que se associa a um significado e a uma significação, pela terminologia husserliana. Logo, o signo é uma relação triádica, formando um triângulo, chamado de triângulo semiótico. É o que se pretende demonstrar a seguir.

O suporte físico da linguagem idiomática pode ser tanto a palavra falada (ondas sonoras), quanto a palavra escrita (tinta no papel). Para Paulo de Barros Carvalho:

Esse dado, que integra a relação sgnica, como o próprio nome indica, tem natureza física, material. Refere-se a algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, ideia ou conceito, que chamamos “significação”.¹²

Em que pese o fato de os autores não utilizarem as mesmas denominações para cada um dos elementos componentes do triângulo semiótico que passamos a tratar, seguiremos a denominação adotada por Edmund Husserl, esposada pelo Professor Barros Carvalho. Para Husserl, os termos a serem utilizados são: suporte físico, significação e significado.

Exemplificando essa diversidade de nomenclatura utilizada pelos estudiosos, vejamos a explicação que Antônio Sandmann nos proporciona em relação ao estudo do fenômeno em Peirce e sua classificação dos signos em três tipologias distintas:

Três elementos constituem, portanto, essa relação triádica de que fala Peirce: o objeto ou referente, o signo ou representante e o sujeito ou interpretante. Dependendo do modo como se estabelece a relação entre signo e referente, temos três tipos de signos: se a ponte da relação é arbitrária ou convencional, temos o símbolo; se a relação tem base na experiência, na história, na co-

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65 e 66.

¹² Idem. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33-34.

ocorrência ou na contiguidade, temos o índice; se a relação tem fundamento na semelhança, temos o signo chamado símile ou ícone.¹³

Para distinguir o papel de cada um desses elementos na relação triádica que pretendemos demonstrar, reproduzimos o exemplo do Professor Paulo de Barros:

Um exemplo, porém, terá o condão de consolidar a ideia de signo como relação triádica. A palavra manga (fruta) é o suporte físico (porção de tinta gravada no papel). Refere-se a uma realidade do mundo exterior que todos conhecemos: uma espécie de fruta, que é seu significado. E faz surgir em nossa mente o conceito de manga, variável de pessoa para pessoa, na dependência de fatores psíquicos ligados à experiência de vida de cada um. Para aqueles que apreciam essa fruta, certamente que sua imagem será de um alimento apetitoso, suculento. Para os que dela não gostarem, a ideia será desfavorável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes. Trata-se da significação.¹⁴

Sendo assim, compomos o signo como sendo uma unidade sistêmica capaz de promover comunicação a partir de uma relação triádica entre os três elementos identificados acima (suporte físico, significado e significação).

Os conceitos acima expostos compõem a base na qual buscaremos edificar as estruturas deste trabalho, uma vez traçadas as devidas considerações acerca da busca pelo rigor linguístico com o qual será conduzida a pesquisa, passaremos a tratar de alguns pilares de sustentação para a ideia que se pretende construir ao final.

No intuito de melhor compreender o complexo fenômeno da corrupção, escolhemos a via multidisciplinar, ou seja, aquela que alberga os diversos ramos do conhecimento humano que se dedicaram de alguma forma ao estudo do tema. A criminologia, conforme será apresentado neste trabalho, será objeto de acurada pesquisa considerando o peso que esta ciência representa para um correto posicionamento acerca do manejo que se faça de qualquer instituto ou tipificação a partir do direito penal. Nenhum penalista seria capaz de penetrar com o mínimo de segurança nas entranhas dos delitos considerados em espécie sem antes precaver-se por meio de estudo minucioso da criminologia e todas as críticas que ela nos possibilita. O mesmo cuidado será dispensado em relação ao estudo da filosofia e dos ensinamentos que o conhecimento humano tem nos deixado na esteira de renomados filósofos e cientistas que se comprometeram com o estudo das balizas que delimitam a ciência do direito.

Mas antes de mais nada, é conveniente e necessário que se busque um conceito para o fenômeno que é a corrupção, uma vez que será a partir dele que virão as propostas e considerações elaboradas em face de sua manifestação. A tarefa não é fácil considerando

¹³ SANDMANN, Antônio José. *A linguagem da propaganda*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2001, p. 15-16.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

que apenas a vertente interpretativa do direito penal não se mostra capaz de traduzir o verdadeiro significado do termo, influenciado da forma que é por um complexo feixe de outros conceitos advindos de vários ramos ou áreas do conhecimento humano.

1.5 Conceituando o fenômeno da corrupção

1.5.1 Etimologia

O Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva conceitua a origem do termo corrupção como sendo: “Derivado do latim *corruptio*, de *corrumpere* (deitar a perder, estragar, destruir, corromper), etimologicamente possui o sentido de ação de depravar (corrupção de menores), de *destruir* ou *adulterar* (corrupção de alimentos)”¹⁵ (grifos do autor)

Leopoldo U. C. Pagotto, em sua tese defendida na Faculdade de Direito da USP sobre a contribuição do direito econômico no combate à corrupção, alinha-se ao pensamento dos grandes autores adeptos da importância que o estudo da semântica representa para os trabalhos jurídicos e desenvolve em sua tese minuciosa pesquisa acerca da etimologia da palavra corrupção, indo do latim ao sânscrito para tecer um significado etimológico o mais puro possível, no sentido de caminhar do ponto zero até as diversas acepções para o vocábulo em questão, partindo da derivação original do latim *corruptio* (verbo *corrumpere* conforme acima indicado por De Plácido e Silva), são suas palavras:

De plano, cabe apontar que o sufixo *-tio* corresponde ao sufixo *-ção* da língua portuguesa e que é utilizado de modo similar na formação de substantivos derivados de verbos com a ideia de ação. Portanto, *corruptio* deriva do verbo *corrumpere*. O núcleo da palavra encontra-se na combinação do prefixo *-cor* com o verbo *rumpere*, que significa “romper”, “quebrar”, “despedaçar”, “violar”, “infringir”. Assim, no verbo “corromper” está o sentido de “romper” e “quebrar”, proveniente do radical *rup*, que, por sua vez, tem sua raiz no sânscrito *lup*. Essa raiz, oriunda de uma das mais famosas famílias linguísticas indo-europeias, revela um forte significado de destruição e estrago. Já o prefixo *cor-* deriva da aproximação do prefixo *co-* com a letra “r”. Como na língua portuguesa, o prefixo exprime união, simultaneidade ou intensificação. No caso do verbo *corrumpere*, o prefixo *cor-* aparece originalmente intensificando o verbo *rumpere*. Dessa maneira, de acordo com a sua etimologia, o verbo “corromper” apresenta dois principais significados: (i) de deterioração (originalmente relacionado à ideia de morte); e (ii) de intensa ruptura, tendo em vista que o verbo “corromper” é derivado do verbo “romper”.¹⁶

¹⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed. rev. e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 391.

¹⁶ PAGOTTO, Leopoldo U. C. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 409 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 26 -27.

Segundo o dicionário da Academia Brasileira de Letras, a palavra admite as seguintes acepções: “**Corrupção** (cor.rup.ção) *s.f.* **1.** Ação ou efeito de corromper(-se). **2.** Depravação, desmoralização, devassidão. **3.** Decomposição, putrefação.”¹⁷

Ainda, perseguindo um sentido etimológico para o vocábulo, expomos a explicação de Leonardo Boff, afirmando que a palavra

[...] tem origem na teologia. Antes de se falar em pecado original, expressão que não consta na Bíblia mas foi criada por Santo Agostinho no ano 416 numa troca de cartas com São Jerônimo, a tradição cristã dizia que o ser humano vive numa situação de corrupção. Santo Agostinho explica a etimologia: corrupção é ter um coração (*cor*) rompido (*ruptus*) e pervertido. Cita o Gênesis: “a tendência do coração é desviante desde a mais tenra idade” (8,21).¹⁸

1.5.2 Corrupção como fenômeno multidisciplinar

Multidisciplinar ou interdisciplinar, o fato é que o estudo da corrupção comporta uma abrangência maior que aquela que se resume no estudo do direito penal. Não somente a ciência jurídica, mas também áreas como a psiquiatria, psicologia, sociologia e antropologia se conectam na tentativa de explicar as dimensões do fenômeno. Segundo uma perspectiva própria de cada área, cada uma no seu método de investigação específico, busca-se determinar as causas ou os motivos que levam o ser humano a praticar atos de corrupção. É nesse sentido que nos serviremos da criminologia para estabelecer uma ponte entre a prática em si e os prováveis motivos que induzem o homem ao cometimento de determinados ilícitos, em espécie a corrupção.

Apesar de a maioria dos autores considerar a criminologia como uma ciência, não há consenso absoluto na doutrina capaz desta conclusão, o fato é que possuiu método próprio, um objeto e uma função. A dificuldade se apresenta pelo fato de não ser a criminologia uma ciência exata, ou seja, suas conclusões e suas verdades não são absolutas, e o mesmo ocorre nas demais ciências humanas. No entanto, pelo estabelecimento de uma metodologia empírica, a criminologia se mostra em condições de trazer informações capazes de elaborar conclusões úteis à compreensão das proposições elaboradas em relação ao seu objeto de estudo. O objeto da criminologia é o estudo do delito, do criminoso, da vítima do delito e do respectivo controle social do delito, e para

¹⁷ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

¹⁸ BOFF, Leonardo. Corrupção: crime contra a sociedade. *Jornal do Brasil*, 15.04.2012. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/leonardo-boff/noticias/2012/04/15/corruptao-crime-contra-a-sociedade/>>. Acesso em: 17.02.2014.

tanto se utiliza de um objeto originariamente empírico e interdisciplinar. Diferentemente do direito penal, a criminologia tenta explicar a realidade conhecendo-a a partir das diversas variáveis que a compõe, ainda que desta conclusão reste uma aproximação pouco fluida e de difícil concepção, enquanto o direito penal se utiliza da axiologia para condicionar a realidade à aplicação dos princípios por ela instituídos e na forma do que o direito posto prescreve.¹⁹

Uma diferenciação importante a ser mencionada diz respeito a existente entre criminologia e criminalística. Enquanto aquela se refere às reflexões inerentes ao delito, sua natureza e sua autoria, a criminalística ou criminologia investigativa se ocupa da correta identificação do culpado mediante a utilização da biologia, da física e da química. Foi Raffaele Garofalo quem utilizou pela primeira vez, em 1885, o termo criminologia definindo-a como a ciência que tem por objeto o estudo da delinquência. A criminalística, portanto, ocupa-se do estudo dos métodos para a correta análise do crime cometido e da descoberta do seu autor. No entanto, não é possível uma distinção tão singela e clara entre criminologia e criminalística, considerando que no momento da investigação de determinados crimes, os agentes comumente se utilizam dessas duas ciências no intuito de elucidar os fatos a que se propõem solucionar.²⁰

Estabelecida assim uma primeira aproximação a respeito do entendimento do que seria a criminologia, somos capazes de compreender o papel a ser exercido pela criminologia, pelo direito penal e pela política criminal no sentido de otimizar o esforço que se faz na redução dos índices de criminalidade.

Segundo Sérgio Salomão Shecaira, são três os pilares de sustentação das ciências criminais: o direito penal, a criminologia e a política criminal. A partir das investigações científicas levadas a efeito pela criminologia, temos à disposição um substrato de informações à disposição do legislador que, por meio da política criminal, estará apto a implementar o aparato normativo que se concretizará por intermédio do direito penal. A política criminal, no entanto, não pode ser considerada uma ciência, como no caso da criminologia e do direito penal, uma vez que não dispõe de método próprio, podendo ser implementada não apenas no seu aspecto sancionador pelo direito penal por regulamentação do Congresso Nacional, conforme determinação constitucional, ou ainda, preventivamente de forma concorrente por todas as esferas políticas de governo. Deve-se

¹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 39 e 40.

²⁰ BOLLONE, Pierluigi Baima. *Il Romanzo della Criminologia*. Torino: Priuli & Verlucca, 2008, p. 69 e 70.

acrescentar que também o judiciário age em prol da implementação da política criminal adotada, seja ela considerada boa ou ruim, na medida em que muitas das vezes absolvem fundamentando suas decisões com base nos princípios da insignificância ou da adequação social.²¹

Vale ainda citar a título de exemplo recente de política criminal de ordem preventiva a que foi adotada pelo Distrito Federal. Trata-se de medida administrativa que consiste em implementar um procedimento prévio de verificação de denúncia relativa à obra irregular. Ao receber a denúncia, realiza-se preliminarmente o mapeamento do local pelas imagens/fotografias retiradas via satélite e que são adquiridas (compradas) especificamente para esta finalidade. Ao se comprovar a procedência da denúncia, ato contínuo, instaura-se o respectivo procedimento administrativo que praticamente será reduzido a uma mera intimação, abertura de prazo para defesa e aplicação do auto de infração; veja-se que neste caso previne-se a possibilidade de pagamento de propina ao agente fiscalizador que, antes de este procedimento ser implantado, era enviado ao local para averiguação da denúncia. Ainda que subsista a possibilidade de corrupção de atos praticados no curso de toda a investigação, não há como negar que neste caso esta possibilidade é muito reduzida, até mesmo porque a documentação e autuação da denúncia em forma de processo torna possível uma verificação de sua lisura *a posteriori*.

De nada adianta identificar por meio da criminologia as causas que ensejam a prática de um determinado delito se a política criminal em vigor não priorizar os métodos de combate à criminalidade mais eficientes direcionados à causa apontada. Essa seletividade que se encontra impregnada no corpo do legislador pátrio representa um dos principais fatores impeditivos na implementação de políticas criminais voltadas ao combate à corrupção, principalmente a corrupção política, que, conforme veremos, é uma das formas de corrupção mais nocivas e que se busca combater.

Considerando a multiplicidade de disciplinas envolvidas no estudo da criminologia e, como para sua compreensão não é suficiente uma análise individual da subsunção do fato à norma, tal qual observamos no direito penal, e por representar verdadeiro substrato científico a ser utilizado pelo legislador na implementação da política criminal mais adequada ao crime que se quer evitar, colocam-se pertinentes algumas considerações a respeito de áreas do conhecimento humano que podem interferir na ação humana considerada criminosa e que, portanto, representa fator a ser considerado pela

²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 42 e 43.

criminologia. Esse viés criminológico permite apresentar algumas breves correlações existentes entre o fenômeno da corrupção e a antropologia.

1.5.3 Corrupção e antropologia

Na utilização cotidiana do vocábulo corrupção vários atos poderiam ser taxados de corruptos, mas muitas vezes não são. Além dos atos praticados pela classe política, a dita corrupção política, observamos também atitudes consideradas de menor impacto, mas que não por isso são desconsideradas quanto ao seu conteúdo por serem de alguma forma contra a moral ou até mesmo infringindo formalmente uma determinada tipificação criminal. Apropriar-se indevidamente de materiais de expediente nos escritórios das repartições públicas, falsificar a carteira de estudante visando a obtenção de redução no valor pago pelos ingressos em cinemas, desviar indevidamente o sinal de uma operadora de TV a cabo, comprar produtos pirateados, subornar o guarda para burlar a aplicação de multas de trânsito, “colar” nos exames escolares, assinar o ponto no lugar do colega de trabalho, apresentar atestado médico falso com a finalidade de gozar uma licença indevida, esses são apenas alguns dos atos diariamente praticados por uma parcela considerável da população brasileira e que justamente por ocorrerem em uma frequência considerada razoável passam a ser considerados normais. Muitas vezes, atribui-se à prática desses atos a própria formação histórica da sociedade brasileira, o que nos força a dedicar tópico próprio sobre esta especificidade da nossa sociedade, e que dá origem ao chamado “jeitinho brasileiro”.

Antenor Batista enumera uma série de atos que de certa forma também se enquadram neste rol de pequenas infrações ou atos de corrupção de menor gravidade e nos choca com a seguinte indagação, “seríamos, em última análise, todos corruptos?”.²² Sobre o esforço doutrinário a respeito deste questionamento, apenas a título de ilustração, Alaôr Caffé Alves também se manifesta no sentido de indagar se a corrupção não seria natural do homem, de onde ela viria, se diretamente de nós mesmos ou do mundo social em que se vive, se seríamos verdadeiramente todos corruptos ou não.²³

²² BATISTA, Antenor. *Corrupção: o quinto poder – repensando a ética*. 12. ed. atual. São Paulo: Edipro, 2011, p. 42.

²³ ALVES, Alaôr Caffé. Exploração capitalista do homem pelo homem e corrupção. In _____. *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Tercio Sampaio Ferraz Junior, Calixto Salomão Filho, Fabio Nusdeo (orgs). Barueri, SP: Manole, 2009, p. 173.

Uma breve reflexão sobre esta indagação nos fez acreditar na possibilidade de ser uma característica inerente ao ser humano a predisposição para a prática de atos de corrupção. Por este motivo incluímos na pesquisa, ainda que sucintamente, algumas notas sobre a antropologia da corrupção, o que em muito enriquece o debate científico a respeito deste fenômeno. Deixamos aqui consignado, com toda a humildade possível e na condição de mero aspirante ao corpo de doutores formados pela Faculdade de Direito da USP, o nosso relato sobre a ausência de uma disciplina de antropologia do direito, ainda que como disciplina facultativa, tanto na grade do curso de graduação, quanto nas disciplinas oferecidas no curso de pós-graduação.

A corrupção não é uma patologia exclusiva da sociedade brasileira, mas é fato que sua permissibilidade é maior ou menor em uma ou outra determinada sociedade, isso quando comparamos diversas nações entre si. Leonardo Boff elenca três razões para a corrupção no Brasil: a histórica, a política e a cultural. O fator histórico, segundo o filósofo teria suas origens fincadas no regime escravocrata vivido pela sociedade brasileira desde sua organização colonial, a desigualdade social vigente naquele tempo seria o fermento para a disseminação de práticas de corrupção, uma vez que sem elas não seria possível ter acesso aos bens e serviços que possibilitassem a devida subsistência, e esta seria, portanto, a origem do “jeitinho brasileiro”, que estudaremos em tópico específico dedicado às características histórico-culturais do povo brasileiro e de que forma poderia contribuir para uma maior proliferação para práticas de corrupção. A razão política para a disseminação da corrupção no Brasil está enraizada na cultura patrimonialista impregnada na condução dos dirigentes políticos em todas as esferas de governo, a falta de distinção entre o público e o privado insiste em ser uma característica nefasta deste *modus operandi* da gestão pública.²⁴ Por último, Leonardo Boff elenca o fator cultural, por meio de uma sociedade que dita regras de comportamento, segundo aceitação recíproca entre seus cidadãos a respeito do que se tolera socialmente em relação às práticas costumeiras segundo padrões moralmente aceitos ou não, e é a partir desta possibilidade que resolvemos buscar até que ponto este

²⁴ Sobre uma análise mais aprofundada da corrupção no contexto brasileiro a partir da dicotomia entre o público e o privado e das relações patrimoniais existentes entre o Estado e a sociedade, recomendamos a consulta à tese de doutorado de PAGOTTO, Leopoldo U. C. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 409 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

fator cultural pode influenciar no cometimento de práticas de corrupção sejam elas de qualquer magnitude.²⁵

Um estudo aprofundado que se dedique ao entendimento da natureza humana no tocante aos motivos que levam ao cometimento de qualquer crime que seja, entre eles o crime de corrupção, é tarefa árdua do ponto de vista antropológico envolvendo questões de direito primitivo que muitas vezes se mostram equivocadas, por exemplo, ao afirmarmos que o direito criminal precede o direito civil nas sociedades primitivas.

A complexidade de tal investigação se completa a partir da dificuldade em se formular uma teoria geral válida para todas as sociedades primitivas sem que antes o pesquisador antropólogo tenha se dedicado ao enfrentamento da questão mediante a utilização de uma metodologia que inclua o trabalho de campo, e foi o que fez o antropólogo Bronislaw Malinowski em seu *Crime e costume na sociedade selvagem*²⁶, considerada a primeira etnografia moderna sobre o direito primitivo.

De um modo geral, as normas costumeiras são mais respeitadas que nossos códigos escritos. Para que uma determinada sociedade funcione corretamente é necessário que as leis sejam obedecidas de modo voluntário e espontâneo por seus integrantes, seja ela uma sociedade selvagem ou moderna. O homem comum não é afetado pela ameaça de coerção, mas esta é indispensável em relação a elementos criminosos.

Malinowski desenvolveu seu trabalho de campo no noroeste da Melanésia, mais especificamente no Arquipélago das Ilhas Trobriands, a nordeste da Nova Guiné.

²⁵ BOFF, Leonardo. Corrupção: crime contra a sociedade. *Jornal do Brasil*, 15.04.2012. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/leonardo-boff/noticias/2012/04/15/corruptao-crime-contra-a-sociedade/>>. Acesso em: 17.02.2014.

²⁶ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.



Fonte: <http://www.klickeducacao.com.br/enciclo/encicloverb/0,5977,RPT-11460,00.html>

A comunidade primitiva é socialmente organizada, inclusive economicamente. Cada habitante desenvolve sua atividade na comunidade, além de ter sido detectado também uma hierarquia funcional entre os habitantes.

Não havia comunismo ou individualismo entre as relações no tocante à propriedade, mas esta era definida por fatos concretos e pelas condições de uso. A canoa nativa, por exemplo, foi observada como objeto compartilhado entre os habitantes, não como definido em um sistema comunista ou socialista, mas pela força da natureza na forma em que se encontravam cada um segundo seu papel desempenhado no momento da pesca.

Do ponto de vista da economia local, a força das obrigações econômicas originava-se a partir do intercâmbio de mercadorias entre os pescadores e aqueles que fornecem legumes e verduras, representando assim um sistema definido de intercâmbio entre duas comunidades. É um arranjo econômico. Há uma força motivadora dessas obrigações que é de cunho econômico (escassez), gerando uma reciprocidade a ser cumprida pelas comunidades num sistema de mutualidade.

Naquela sociedade foi identificada uma coerção das obrigações recíprocas. A importância da reciprocidade em uma organização social primitiva demonstra como a simetria estrutural social das ações está integrada à vida nativa. Nesse sentido, havia um ritual de escambo de mercadorias entre seus habitantes, sendo o sistema de troca cerimonial denominado *kula*.

Fatores de interesse pessoal também influenciam nas obrigações dos homens da comunidade primitiva (utilidade da ocupação, desejo por uma alimentação boa e fresca, esporte), mais fortemente que as obrigações legais. Também influenciam a coerção social, o respeito pelos direitos em vigor e pelos outros. No entanto, ainda assim, há indivíduos que gostariam de fugir das suas obrigações se pudessem.

Também exercem influência muito relevante sobre o comportamento do selvagem a ambição e a vaidade, associadas à exibição de alimentos e de riqueza. Para o trobriandês a generosidade é a maior virtude, e a riqueza, elemento essencial de influência da classe.

A coerção é importante na medida em que, assim como o homem “civilizado”, o homem primitivo também tende a se furtar às obrigações sempre que possível, desde que não haja perda de prestígio ou lucros. Sendo assim, a crença no dogma da obediência mecânica perde espaço para a aceitação de que o homem primitivo assim como o homem moderno busca converter seus anseios em ações tendentes a satisfazer sentimentos pessoais, deixando de agir automaticamente segundo um padrão estipulado ao acaso e, neste contexto, a lei aparece como o mais importante recurso de coerção, mesmo nas sociedades mais primitivas. Mesmo nos atos religiosos presentes na cultura dos trobriands, estes se revestem de um aspecto legal em seus mais diversos cerimoniais.

Seguindo o caminho dos institutos que formarão a base da coesão social na comunidade pesquisada pelo antropólogo, o casamento representa a aliança entre o marido e a família da mulher, sendo que o irmão desta se une a ela por fortes laços, tanto que sua prole a ele deve respeito e o irmão se torna responsável inclusive pelo provimento de alimentos aos filhos do novo casal, sendo sinal de admiração uma colheita farta reservada à novel família, havendo uma coerção psicológica sobre o doador nesse sentido.

Na tribo, vigora o princípio das concessões mútuas, e corrigindo conclusões julgadas equivocadas em trabalhos anteriores, o autor informa que os presentes entregues pelo homem aos filhos e à própria mulher significam uma retribuição pelo relacionamento homem/mulher tido entre esses dois. Sugere, portanto, um equilíbrio nas relações havias entre o homem de um lado e seus filhos, mulher e o cunhado, irmão da mulher de outro, compondo assim um conjunto de obrigações sociais e deveres religiosos. Essa reciprocidade permeia todas as relações tribais e é a base da estrutura social da comunidade. A estrutura social das Ilhas Trobriands se baseia no princípio do *status* legal. Todos sofrem as devidas restrições legais, até o chefe, e as relações constituídas se baseiam na retribuição dos serviços mutuamente prestados.

Para os ditos “selvagens” nem sempre suas ações estarão vinculadas a preceitos e mandamentos de ordem religiosa, como um feixe de situações desordenadamente reunidas, como é costume pensar a respeito dos seus comportamentos. Por outro lado, remanesce um conjunto dessas atividades que encontra justificativa para suas motivações no contexto social em que estão inseridas.

Lembremos que o “conformismo geral do selvagem”²⁷, significa o mesmo que dizer que as regras são cumpridas pois sua utilidade prática é reconhecida a partir do empirismo em vigor nestas sociedades, eles obedecem às regras de comportamento e convívio social pois nenhum indivíduo deseja se sentir ridículo perante seus pares. O controle social observado é facilmente percebido, o que nos confirma que essa forma de controle é uma característica social muito importante e fundamental em qualquer cenário.

No trabalho desenvolvido pelo antropólogo, a intenção foi a de demonstrar que a lei é tão somente uma categoria bem definida no conjunto de costumes vigentes naquela sociedade, como a religião, as regras de comportamento e convívio social, entre outros costumes. Segundo a visão antropológica do autor, não há diferença entre o conceito jurídico e o antropológico de lei, no entanto, partindo deste conceito, o autor nos traz uma conclusão digna de nota para nosso estudo.

Malinowski considera que as “regras da lei se sobressaem ao resto porque são sentidas e consideradas obrigações de uma pessoa e justos direitos de outra”, sendo sancionadas por um “mecanismo social definido de força compulsória”. Daí descarta-se a ideia de que o “sentimento de grupo” ou a “responsabilidade coletiva” seja a única força que assegure a adesão aos costumes.²⁸

De muito nos vale a contribuição da antropologia nesse sentido. Por exemplo, a esse respeito o autor adverte que deve-se observar com cautela a opinião considerada por ele como exagerada de Durkheim que faria da “generosa, impessoal e ilimitada lealdade de grupo a pedra angular de toda a ordem social nas culturas primitivas”²⁹. Assim como todo homem, o selvagem não é unicamente coletivista ou um individualista, mas uma mistura de ambos. A lealdade de grupo não seria, portanto, o único instrumento social indutor capaz de exercer domínio sobre a manifestação de vontade do ser humano em relação ao exercício de suas ações.

²⁷ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, p. 44.

²⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁹ *Idem*.

A lei primitiva não deriva somente de preceitos negativos e também não é exclusivamente de natureza criminal, como muitas vezes conclui a antropologia moderna. Para Malinowski, o fato de que todos os códigos antigos consistiam basicamente em proibições não é suficiente para concluir que não existe lei civil entre os selvagens. Na vida selvagem encontra-se presente um conjunto de obrigações reconhecidas pelo grupo, a lei civil, regendo diversos acontecimentos da vida na tribo, mas que não são instituições independentes mas representam um aspecto da vida dessa comunidade.

Alguns arranjos legais específicos foram indicados, como por exemplo, o *Yakala* – que são rixas que assumem a forma de protestos públicos, e indicam a tendência da opinião pública, podendo muitas vezes resolver alguns conflitos. Não há participação de um terceiro polo, não representando assim a essência da coerção legal. Também o *Kaytapaku* – que é a proteção mágica da propriedade por meio de pragas condicionais. Quando alguém possui um coqueiro ou outra árvore frutífera em local muito distante de forma que não seja possível vigiar seus frutos durante todo o tempo, fixa-se uma folha da palmeira no tronco da árvore indicando que o feitiço recairá sobre o ladrão dos seus frutos.

Existe ainda o *Kaytubutabu* – magia realizada sobre todos os coqueiros de uma comunidade impedindo que seus frutos sejam retirados com intuito de preservar sua fertilidade por ocasião da aproximação de uma data festiva. O *Gwara* – um pau é fixado na linha dos recifes impedindo qualquer exportação de objetos valiosos trocados no cerimonial do *kula*, por outro lado, incentivando sua importação. Visa a acumulação desses objetos antes de uma grande distribuição cerimonial. E por último o *Kayasa* – é um contrato cerimonial em que o líder de uma expedição, o mestre de uma festa ou empresário de algum setor promove uma grande distribuição cerimonial, sendo que os que dela participam ficam obrigados a auxiliar o líder durante todo o empreendimento.

Esses arranjos não são exclusivamente legais, considerando o espectro particular neles envolvidos e não são destinados à comunidade como um todo. “A principal esfera da lei está no mecanismo social, que se encontra no fundo de todas as obrigações reais e abrange uma vastíssima porção de seus costumes, embora de modo algum todos, como sabemos”³⁰.

Ainda que reconhecêssemos o aspecto limitado da pesquisa de campo levada a efeito por Malinowski (uma província da Melanésia), não há como negar o ineditismo da forma como a pesquisa fora conduzida, segundo aspectos de observação.

³⁰ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, p. 52.

A moderna antropologia entende que todo costume é lei para os selvagens, não havendo nestas sociedades outra forma de manifestação da lei e que os costumes são obedecidos automática e rigidamente por inércia. Também para a moderna antropologia não existiria uma lei civil ou equivalente nas sociedades selvagens, sendo os únicos fatos dignos de nota as ocasionais transgressões em desafio aos costumes: os crimes.

Nesse sentido, Malinowski nos traz uma perspectiva mais próxima de uma realidade que apesar de observada numa pequena tribo da Melanésia, encontra diversos pontos de semelhança em sociedades consideradas civilizadas. A força do costume e o encanto da tradição não seriam por si só suficientes para impedir sentimentos como as tentações do anseio ou a ambição, nem mesmo os ditames do interesse próprio. Não que a sanção da tradição não funcione, mas se verifica plenamente eficaz apenas no respeito às boas maneiras e onde não haja “necessidade de abusar do interesse próprio e da inércia, de incitar ações desagradáveis ou de frustrar propensões inatas”³¹, e complementa ao mencionar que “há outras regras, ditames e imperativos que requerem e possuem seu tipo especial de sanção, além do simples encanto da tradição”³².

É pelo castigo tribal (reação raivosa e indignada) imposto pela comunidade em face do descumprimento de um determinado comportamento, como no caso do comportamento esperado nos enterros e no luto, que se protege a vida humana, a propriedade e a honra pessoal, resguardando assim as instituições tribais como a chefia, a exogamia, o *status* social e o casamento. Cada categoria dessas regras distingue-se das demais em função das sanções e pela relação que travam com a organização social da tribo. A categoria de regras que compõe a proteção à vida, a propriedade e a personalidade, constitui a “lei criminal” da tribo. As demais regras compulsórias que controlam outros aspectos da vida tribal são o que correspondem para nós à “lei civil”, não havendo nenhum castigo tribal para o rompimento com o mandamento dessas regras. Segundo o autor, as forças compulsórias da lei civil na Melanésia serão encontradas “na concatenação das obrigações, no fato de serem arranjadas em cadeias de serviços mútuos, em uma série de concessões mútuas que se estende por longos períodos e cobre amplos aspectos de interesse e atividade”³³. Soma-se a essa força o caráter cerimonial do cumprimento dessas atividades, apelando para a vaidade e amor próprio da comunidade e, por último, concluindo que “a reciprocidade, a incidência

³¹ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, p. 54.

³² Idem.

³³ Ibidem, p. 55.

sistemática, a publicidade e a ambição são os principais fatores no mecanismo da obrigação da lei primitiva”.³⁴

Ao estudarmos o desenvolvimento das leis primitivas, verificamos que a selvageria não é regida por caprichos, emoções incontroláveis ou pelo acaso. A tradição e a ordem estão presentes no desenvolvimento destas sociedades. A antropologia moderna, no entanto, insiste em buscar a fundamentação de suas pesquisas nos aspectos excepcionais da conduta humana, principalmente no que diz respeito à violação do instrumento legal, atribuindo certo sensacionalismo ao cometimento de determinados crimes.

Malinowski propõe um estudo centrado no cumprimento das normas rotineiras e cotidianas para demonstrar que a vida selvagem segue uma lógica baseada na coesão de elementos sociais quanto às suas leis civis. Suas leis não são rígidas e nem declaradas em nome de uma divindade, mas mantidas por forças sociais e suficientemente elásticas, adaptáveis. O nativo, da mesma forma que o indivíduo de uma sociedade civilizada, interpreta o conteúdo da norma em vigor, cumprindo-a ou infringindo-a, ciente da consequência dos seus atos. Existem vários sistemas legais independentes que se inter cruzam constituindo um sistema hierarquizado de normas a serem observadas pelos nativos.

Para entender este entrelaçamento de normas e seus pontos de conflito, Malinowski recorre aos elementos criminosos e desordeiros da comunidade na tentativa de uma elucidação com base em seu trabalho de campo. Para tanto, ao ilustrar uma de suas observações, nos remete ao caso da morte de um jovem de 16 anos ao pular do alto de um coqueiro. Neste caso, tratava-se de um ato de suicídio causado pela violação às regras da exogamia (regra social que exige que um indivíduo se case fora de um grupo culturalmente definido e do qual ele é membro). É o tabu do incesto no clã. Toda e qualquer intimidade sexual entre os homens e as mulheres pertencentes a um mesmo clã é proibida por este tabu. Nem por isso deixa de existir a figura do libertino nativo, admitindo e até se vangloriando do cometimento da *suvasova* (a violação da exogamia) e *Kaylasi* (adultério). Já o casamento num mesmo clã é considerado um caso mais sério tendo sido relatadas apenas duas ou três situações observadas.

Nesta sociedade, a feitiçaria e o suicídio funcionam como elementos de influência sobre os resultados pretendidos pela lei. A magia negra é normalmente manipulada pelos feiticeiros para restabelecer o equilíbrio social em casos de desarmonia. O feiticeiro se

³⁴ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, p. 56.

utiliza deste poder que lhe é conferido em proveito próprio, sem que cometa exageros em função do temor que possui de perder suas benesses.

Observando um cerimonial de exumação de corpos para exame de um homem teoricamente morto por bruxaria, verificou-se que diversos sinais deixados no corpo são anotados e estes permitem determinar o motivo da morte, muitas vezes associada ao cometimento de proibições sexuais, como o adultério e o incesto. A feitiçaria funciona, portanto, nestes casos, como alternativa legalizada na qual o chefe obtém relativa satisfação dos seus desígnios criminosos nos casos em que não existam indícios suficientes capazes de incriminar determinado indivíduo.

O feiticeiro é, portanto, elemento fundamental de apoio do chefe da tribo, auxiliando aquele sistema na manutenção da ordem social, ainda que com o cometimento individualizado de uma série de injustiças isoladas. Talvez não seja por menos que estes feiticeiros na história da humanidade representem um dos principais pontos de conflito entre o homem branco e o selvagem. No dizer de Malinowski, a aplicação irrefletida, inadequada e não científica da nossa moral, “das nossas leis e costumes às sociedades nativas, a destruição da lei nativa, dos mecanismos semilegais e dos instrumentos de poder só levam à anarquia e à atrofia moral e, com o tempo, à extinção da cultura e da raça”³⁵.

O conservadorismo da feitiçaria na cultura selvagem é instrumento de manutenção e sobrevivência das estruturas daquele grupo. Esta seria uma razoável introdução da criminologia por meio da feitiçaria nas sociedades primitivas.

Quanto ao suicídio, este ocorre mediante envenenamento ou saltando do alto de um coqueiro conforme já relatado. Suas causas podem ser tanto arrependimento por violação a determinado tabu, o que causa vergonha perante seus semelhantes, como também por não conformidade a uma determinada situação imposta pelas regras da tribo. Assim como a feitiçaria, o suicídio também representa elemento importante de manutenção da lei, da ordem e das proibições vigentes na tribo, representando para o acusado um meio de fuga e de reabilitação. Até aqui, portanto, os princípios segundo os quais o crime é punido são vagos, não sendo controlados por instituições legais.

O conjunto de leis primitivas não constitui um sistema homogêneo e organizado hierarquicamente, mas sim diversos sistemas como o matriarcado, o casamento, o direito paterno, as ações do chefe da tribo, entre outros que constituem uma série de possibilidades em constante tensão.

³⁵ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, p. 74.

Interessante notar que na sociedade estudada o herdeiro de um determinado indivíduo não é seu filho, mas sim o sobrinho, filho de sua irmã. Nem por isso deixa de aflorar um relacionamento afetivo muito mais próximo do pai em relação ao seu filho do que com o sobrinho, considerando que o que os une é tão somente uma motivação de ordem hereditária.

Apesar da rigidez em relação ao cumprimento desta determinação, é comum um indivíduo dotado de certo poder oferecer privilégios e proteção ao seu filho direto, sem que isso atribua a estabilidade social da tribo, tragédias só são constatadas na medida em que não há um consenso entre as partes envolvidas. Isso faz com que o próprio sistema permita a perpetuação de práticas tradicionais mantidas contra a lei, mas que atendem ao sentimento patriarcal abrigando o filho em sua própria aldeia mesmo após a puberdade.

Malinowski critica a antropologia do “ouvi dizer”, alertando para o fato de que existem outros fatores de coesão e influência social que só se mostram de fato a partir do momento em que o antropólogo se dedica ao trabalho de campo. O informante nativo nem sempre revelará essas forças ocultas, mas na maioria das vezes prestará seu relato baseado tão somente no que prescreve a lei, omitindo suas reais ações e deixando de demonstrar o que se passa em seu íntimo ou mesmo não confessando seus atos praticados em desacordo com as regras.

Uma contribuição importante para esta pesquisa nos é legada ao afirmar que:

[...] a lei e a ordem surgem dos mesmos processos que a regem – mas não são rígidas e não se devem a nenhuma inércia ou molde permanente. Ao contrário, elas vigoram como resultado de uma luta constante não apenas de paixões humanas contra a lei, mas de princípios legais, uns contra os outros. Entretanto, não é uma luta livre: está sujeita a contradições precisas, só pode ocorrer dentro de certos limites e somente na condição de permanecer abaixo da superfície da publicidade. Uma vez apresentado um desafio aberto, a precedência da lei rigorosa sobre o uso legalizado ou sobre um princípio que usurpa a lei é estabelecida, e a hierarquia ortodoxa dos sistemas da lei controla a questão.³⁶

E aponta para o problema de que a vida humana não se submete às regras, mas estas é que se adaptam à vida. As forças de coesão baseiam-se na solidariedade dentro do grupo e na avaliação do interesse pessoal. A advertência para a antropologia moderna se resume na expressão “*hypotheses non fingo*”, utilizada por Newton para dizer que não inventava hipóteses, pois a melhor explicação para um determinado fenômeno é aquela que menos hipóteses exige, e neste caso Newton se referia à lei da gravidade.

³⁶ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, p. 93.

A corrupção é, portanto, um fator a ser considerado presente tanto em uma sociedade dita civilizada quanto na primitiva ou selvagem, o homem não deve ser considerado individualmente para que seja possível analisar todos os aspectos deste fenômeno, estão em jogo uma série de aspectos da vida de um ser humano e que influenciam em suas atitudes, mesmo em uma tribo primitiva, o que não afasta a manifestação de ações contrárias ao sistema social vigente e às regras e leis em vigor.

1.5.4 Corrupção e Criminologia

O estudo da criminologia no Direito sugere dentre tantas possibilidades algumas aplicações para os conceitos enunciados por Edwin Sutherland (1883-1950), em 1924, baseado no pensamento de Gabriel Tarde. No que interessa a este estudo, questões interessantes no que diz respeito ao combate à criminalidade desenvolvidas no seio de unidades de fiscalização da Receita Federal. Os crimes funcionais praticados pelos servidores públicos da Receita Federal, notadamente entre Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, são caracterizados pelo alto nível de organização que atingem, podendo ser classificados como “crime de colarinho-branco” ou “white-collar crime”, expressão cunhada por Sutherland no final dos anos 30 para identificar os autores de crimes diferenciados, devendo, portanto, ser separados dos chamados criminosos comuns para que haja uma maior efetividade no combate à essa forma de criminalidade.

1.5.4.1 A teoria da associação diferencial no contexto da criminologia do consenso e do conflito

Uma abordagem possível da teoria criminológica é a denominada teoria da associação diferencial e está situada dentre as demais teorias do consenso (funcionalista). Em um outro pólo das escolas sociológicas do crime temos as teorias do conflito. Não se pretende aqui discorrer acerca da abordagem sociológica de cada um destes dois grandes grupos teóricos, mas cumpre justificar a inclusão da teoria da associação diferencial no primeiro.

Sergio Salomão Schecaira explica a diferença entre as duas teorias: “Para a perspectiva das teorias consensuais a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos compartilham os objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as

regras sociais dominantes. Para a teoria do conflito, no entanto, a coesão e a ordem na sociedade são fundadas na força e na coerção, na dominação por alguns e sujeição de outros; ignora-se a existência de acordos em torno de valores de que depende o próprio estabelecimento da força.”

Faz sentido, portanto, a inclusão da teoria da associação diferencial como espécie de teoria do consenso. Não se trata de um consenso absoluto e ideal, mas na construção de um consenso acerca do qual é possível a elaboração de determinadas proposições segundo em torno das quais serão possíveis resistirem ao teste de observações específicas, e é justamente neste arcabouço imaginado e transformado em realidade pelos teóricos da escola criminológica de Chicago, que acredita-se ser possível aprofundar testes e estudos estatísticos para complementar com dados relevantes os elementos desenvolvidos por este e outros estudos na área.

1.5.4.2 Antecedentes da teoria da associação diferencial

Após o final da 1ª Grande Guerra os Estados Unidos passam por um período de fértil desenvolvimento econômico, com crescimento do mercado interno e externo. Entre 1920 e 1929 o produto nacional bruto cresce consideravelmente, e com ele aumenta também a corrupção administrativa e surgem os grandes escândalos financeiros. Em 1929 ocorre o crack da Bolsa de Nova York, a criminalidade aumenta a passos largos e a Lei Seca fomenta o crescimento do gangsterismo com o surgimento de figuras emblemáticas como os chefões da máfia. A Lei Seca só seria derrubada nas vésperas da Segunda Grande Guerra, no momento em que o estado tipicamente liberal cede espaço a um estado mais participativo e intervencionista, desenvolvendo uma atividade regulatória mais intensa. Originariamente, o crime de colarinho-branco surge associado ao mundo dos negócios, onde o ambiente extremamente organizado das grandes corporações é capaz de burlar as normas sociais de tal forma que a sociedade é incapaz de conter a atividade dessas infrações. É nesse contexto que o projeto do *New Deal*, levado a efeito por Roosevelt, traz em si uma política intervencionista tendente a impor o componente normativo-legal para o controle dessas atividades consideradas ilícitas. O que hoje percebemos é que uma das tentativas do setor empresarial em tentar burlar as regras de combate aos crimes praticados em ambiente de negócios foi justamente corromper a atividade estatal de combate direto a essas práticas, o que provoca um alargamento do conceito de crime de colarinho branco na

medida em que quase como um contra-fluxo, o que observamos na verdade é uma posição mais ativa dos agentes públicos no sentido de organizarem-se, passando a exigir do setor empresarial sua contribuição em troca de uma omissão benéfica em face do dever de ofício, ou seja, a propina.

1.5.4.3 A teoria da associação diferencial e o crime do colarinho-branco

Se a criminalidade fosse uma característica única e exclusiva de classes menos favorecidas economicamente, não haveria crime do colarinho-branco, ou seja, empresários bem-sucedidos e servidores públicos do alto escalão não seriam processados e condenados por crimes praticados no exercício de suas funções, essa é uma premissa que tomamos como verdadeira pois a simples observação nos dá o inteiro teor de sua veracidade. Partindo desta premissa, Sutherland fala de uma organização diferencial e da aprendizagem dos valores criminais. Sendo assim, deste ponto de vista o homem aprenderia uma determinada conduta desviada e imediatamente se associaria a esta conduta como marco referencial. O pilar de sustentação desta ideia encontra respaldo no pensamento do jurista e sociólogo francês Gabriel Tarde (1843-1904), que afirmava que o delinquente era um tipo profissional que necessitava de um aprendizado, da mesma forma que todas as profissões necessitavam de um guia, um referencial, da mesma forma isso ocorria com o criminoso, ou seja, havia um mentor, alguém que fornecesse o “*modus operandi*” para a prática de um delito. No dizer de Tarde “todo comportamento tem sua origem social. Começa como uma moda, torna-se um hábito ou costume. Pode ser uma imitação por costume, por obediência, ou por educação. O que é a sociedade? Eu já respondi: sociedade é imitação”.

Destarte, percebemos que de acordo com esta teoria ninguém nasce efetivamente criminoso, não há uma herança biológica portada por cada mente criminosa e que germina naturalmente de cada infrator. O que há em verdade é um aprendizado que conduz o cidadão à prática de atos socialmente reprováveis. O que há é uma socialização incorreta, mas que é passada em forma de aprendizado, fazendo com que o homem se aperfeiçoe também para a prática do mal.

Outro fator relevante para o processo de aprendizagem, não somente para esta, mas para qualquer aprendizagem, diz respeito ao processo de comunicação em que se desenvolve o aprendizado. O delito é ensinado no seio da sociedade de acordo com os valores dominantes praticados por aqueles que detém o poder. Quando as condições

favoráveis à violação de determinada norma superam as condições desfavoráveis proporcionando ao delinquente uma maior satisfação, aí nasce o delinquente, ou seja, o indivíduo tem um estímulo para a prática de um ato criminoso, pois houve o ensinamento de uma prática delitiva, houve a devida demonstração para aquela prática, houve uma vantagem para a prática do ato e houve oportunidade para que o ato fosse praticado com o respaldo daqueles que detém o poder naquela situação.

1.5.4.4 O processo de formação de um criminoso segundo a teoria da associação diferencial

1º O comportamento criminal é um comportamento aprendido – é o típico determinismo social, mas não somente ele, ou seja, o delinquente não nasce formado, mas o que observamos é que a atividade criminosa como outra atividade qualquer é aprendida e até mesmo aperfeiçoada, o que demonstra a necessidade constante de se pensar as formas de combate à criminalidade. Temos que impedir, portanto, que haja uma disseminação da atuação de determinada atividade criminal, combatendo seus mestres e cortando seus ensinamentos maléficos.

2º O comportamento criminal é aprendido mediante a interação com outras pessoas, resultante de um processo de comunicação – o ser humano apesar de racional não é menos animal que outros animais. O conceito de condicionamento operante criado pelo psicólogo Burrhus Frederic Skinner também se aplica em certa medida ao homem, que responde de acordo com reforços negativos ou positivos e por isso não devemos menosprezar os estudos behavioristas. A comunicação aqui tem papel preponderante na transferência correta da forma de atuação do criminoso, transmitindo pormenorizadamente todas as etapas do processo de prática de um determinado crime.

Observe que durante este tópico estamos desenvolvendo todo o encadeamento lógico do processo de formação de um criminoso segundo a teoria em estudo, para que em seguida possamos sugerir alguns pontos que quando devidamente tratados podem impedir em algum momento a formação de um novo criminoso na sociedade.

3º Quanto mais íntimas forem as relações sociais de um indivíduo, mais influentes serão seus posicionamentos – familiares e colegas de trabalho com os quais se possa travar um convívio diário são as pessoas mais influentes para qualquer indivíduo em situação de normalidade. Qual filho não sonhou um dia em seguir a profissão de seu pai? Quem nunca se espelhou no comportamento de um colega de trabalho, positiva ou negativamente? Quanto mais próxima a relação de convívio mais influência será captada do próximo.

4º O aprendizado de um comportamento criminal inclui: a técnica do cometimento do delito (simples ou complexa), além da orientação específica das correspondentes motivações, impulsos, atitudes, e da própria racionalização (justificação) da conduta delitiva – quem nunca ouviu falar de recebimento de propina para deixar de praticar um ato de ofício dificilmente encontrará os códigos de conduta que a levem a praticar este delito.

5º A direção específica dos motivos e dos impulsos se aprende com as definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais – o grupo determinante é quem dá a diretriz do que deve ou não ser adotado como código de normas.

6º Uma pessoa se converte em delinquente quando definições favoráveis à violação da norma superam as definições desfavoráveis - este é o princípio da associação diferencial. Um determinado indivíduo criminoso se associa a uma determinada prática criminosa e aos seus praticantes. O processo de associação criminosa é o mesmo processo que ocorre com a atitude daqueles que optam por seguir as normas legais impostas, a diferença é que naquele caso essa associação se dá de forma diferenciada, daí a origem do nome da teoria.

7º As associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade – a frequência e a duração são aspectos quantitativos do fenômeno, a prioridade importa na medida em que um aprendizado precoce pode fomentar um determinado comportamento durante toda a vida de um indivíduo e a intensidade também contribui para a massificação de um determinado comportamento seja ele criminoso ou não.

8º O conflito cultural é a causa fundamental da associação diferencial e, portanto, do comportamento criminoso sistemático – a diversidade cultural proporciona o desenvolvimento da associação diferencial. O desenvolvimento de uma cultura criminosa depende apenas da prevalência dos fatores favoráveis em relação aos desfavoráveis para o desenvolvimento e cometimento do crime.

9º A desorganização social é a causa básica do comportamento criminoso sistemático – o descontrole social informal tão presente na modernidade faz com que os indivíduos se inclinem à prática de delitos.

1.5.4.5 Semelhança entre o crime do colarinho-branco e os crimes praticados por autoridades de estado

Algumas características peculiares aos crimes do colarinho-branco permitem enquadrá-los em uma categoria distinta dos crimes comuns ou praticados no âmbito de suas vidas privadas.

No crime do colarinho-branco suas consequências são tão danosas quanto quaisquer outras condutas criminosas, em verdade, na maioria das vezes são mais gravosas. A autoridade de estado também causa danos consideráveis à toda estrutura organizacional de uma sociedade que imediatamente se sente afetada por uma sensação de impunidade na medida em que percebe que não tem o respaldo devido por parte daqueles que deveriam defendê-la.

São crimes praticados por pessoas respeitáveis e com elevado status social, da mesma forma que os indivíduos que ocupam os cargos públicos destinados às autoridades de estado, entre eles os que são objeto deste ensaio, os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, gozam de amplo prestígio perante a sociedade dada a importância que se considera em relação ao cargo que ocupam.

O crime do colarinho-branco é praticado por indivíduos no exercício da sua profissão, ou seja, normalmente por empresários no exercício da atividade negocial. Neste sentido, os crimes praticados pelas autoridades de estado no descumprimento do seu dever de ofício também se assemelham aos primeiros.

A espécie de crime delineada ocorre, em regra, com uma violação de confiança. Ora, o que mais deveria existir entre a sociedade e as autoridades de estado seria uma apertada relação de confiança onde a sociedade confia verdadeiramente naqueles que são solenemente empossados nos mais altos e nobres cargos disponíveis no corpo funcional do estado.

Sendo assim, por todas as características elencadas e que distinguem e delimitam os crimes do colarinho-branco, chegamos à conclusão de que os crimes praticados pelas autoridades de estado no exercício de suas funções enquanto agentes do estado também se configuram como crimes do colarinho-branco, dada a similitude das características destes crimes e também devido ao alto grau de organização com que estas práticas criminosas têm se enraizado em nossa sociedade, motivo pelo qual trataremos do problema sob o enfoque da teoria da associação diferencial, passando a sugerir algumas ações convenientes no combate efetivo desta forma de criminalidade e de sua prevenção.

1.5.4.6 Aplicações da teoria da associação diferencial na corrupção praticada por autoridades de estado em alto nível de direção

Na medida em que os efeitos de um furto, um sequestro ou um homicídio são facilmente identificados e sentidos diretamente pela sociedade, com os crimes de colarinho-branco não se pode dizer o mesmo. Uma autoridade de estados pode passar décadas praticando seus crimes e na maioria das vezes chega a se aposentar mesmo tendo enriquecido ilicitamente no cargo. A identificação da violação não é latente, embora seus danos possam ser maiores do que se imagina. A opinião pública não se importa muito com esses crimes e a mídia também não transmite a devida importância para o caso. A divulgação é mais importante nos casos de homicídios esdrúxulos e com requintes de crueldade, mesmo quando o ofendido abrange a pessoa de um só indivíduo.

Passando para as aplicações em espécie, como o comportamento criminoso é um comportamento aprendido, seria eficiente afastar o mestre do aluno, no caso dos servidores públicos, devemos evitar um contato precoce de agentes recém empossados com os focos de corrupção notadamente conhecidos mediante apuração estatística elaborada pelo órgão correccional local encarregado de apuração de irregularidades funcionais.

A comunicação institucional internalizada na instituição também é de suma importância neste processo. Conforme já mencionado anteriormente, o processo comunicacional é pedra fundamental na disseminação do “*modus operandi*” de uma determinada atividade criminosa. Seria de vital importância impedir que essas informações fluíssem no ambiente institucional do órgão e em seu lugar, deveria ocorrer uma maior divulgação das atividades específicas de combate a essa criminalidade com seus respectivos resultados e execuções no âmbito administrativo e judicial, visando coibir a prática dessas infrações.

Em relação à intimidade entre as relações que no caso de um ambiente profissional podem ser incentivados até mesmo pela estática e permanência de uma determinada autoridade por um período superior ao considerado razoável, recomenda-se a simples alternância de poder, tão salutar em qualquer estado democrático de direito, e por que não aplicar o instituto além dos agentes políticos, ampliando a utilidade para as demais autoridades de estado? O resultado seria benéfico e possibilitaria uma oxigenação nos quadros.

O grupo dominante em um órgão corrompido normalmente é que dita os códigos a serem seguidos pelos demais agentes. A correta identificação desses focos seguidas de políticas claras e objetivas de combate e punição dos mesmos é vital para impedir a proliferação da técnica criminosa e da disseminação do seu desenvolvimento como sendo o que é vulgarmente praticado à margem do aparato normativo estatal.

Nenhuma política estatal de combate à uma forma de criminalidade organizada como no caso dos crimes do colarinho-branco será bem-sucedida se não considerar um sistema de impulsos negativos à prática da atividade criminosa. O poder legislativo em conjunto com o judiciário devem envidar esforços no sentido de elaborar punições exemplares para os praticantes deste tipo de criminalidade, além de efetivamente aplicar as respectivas penas, executando-as na forma de mecanismos processuais eficientes e capazes de coibir a prática de novos delitos.

Por fim, uma sociedade mais organizada e mais estruturada é capaz de proporcionar elementos valorativos para que cada indivíduo elabore dentro de si o arcabouço sociocultural necessário para a distinção entre o que é certo e do que é errado, para que possa resistir às transgressões normativas impostas por indivíduos isolados, ou até mesmo por organizações.

1.5.5 Corrupção e Economia

A corrupção estudada neste trabalho está inserida em um contexto relacionado à noção de Estado moderno e democrático, onde convivem uma classe política desenvolvida e um poder judiciário constituído, juntamente com os diversos atores típicos dos Estados modernos. É por meio da interface entre direito e economia, ou seja, baseando-se em um sistema de incentivos, que se torna possível compreender a corrupção no sentido abordado, seu surgimento, os custos envolvidos e um conseqüente estabelecimento das medidas de combate e controle da corrupção.

No Estado pré-moderno, as relações normativas entre o público e o privado não eram estabelecidas nos mesmos moldes das modernas democracias capitalistas, pois naquela época o próprio Estado era compreendido como uma extensão dos domínios da família real, não havendo distinção entre o que seria o patrimônio público e o privado. Era o que Weber definia como patrimonialismo, ou seja, um tipo específico de

patriarcalismo³⁷ em que a estrutura da dominação patriarcal é descentralizada mediante a cessão de benesses a alguns indivíduos integrantes da primeira estrutura.³⁸

Max Weber considera o patrimonialismo como o tipo de organização do poder e do Estado nos períodos pré-moderno e pré-industrial. Em suas duas obras, *A ética protestante e o espírito do capitalismo* e em *Economia e sociedade*, Weber mostra que a passagem do patrimonialismo para a organização burocrática racional e legal do Estado resultou em um processo de evolução institucional que separou o público e o privado, com a formação de uma burocracia técnica e assalariada, bem como a formação de uma estrutura condicionante da atividade econômica e política.³⁹

Antes, os fundamentos personalistas do poder, a falta de uma esfera pública em oposição à privada, a racionalidade subjetiva e casuística do sistema jurídico, um sistema fiscal descentralizado em prol da subserviência e troca de favores, um quadro administrativo sem profissionalização e corrupto contribuíam para reduzir a eficiência governamental no sistema patrimonialista, principalmente quando comparado à eficiência técnica e administrativa observada por Max Weber em um sistema de poder racional-legal-burocrático.⁴⁰

A economia surge no sentido de analisar as relações que se baseiam no equilíbrio entre as necessidades humanas, cada vez maiores e crescentes, e a escassez dos recursos disponíveis para suprir essas necessidades.

A própria origem etimológica do termo, que é oriundo do grego, explica muito sobre seu significado: *oikos* + *nomos*, *oikos* que significa casa e *nomos* que quer dizer norma. Esse dado nos permite concluir pela íntima relação entre o direito e a economia, a partir do momento em que o direito estabelece as normas nas quais os indivíduos se submetem para equilibrar os inúmeros interesses existentes e que serão em maior número na medida em que mais complexas forem as relações em determinada sociedade.

³⁷ Weber define o patriarcalismo como sendo o exercício de determinado domínio por parte de um indivíduo pertencente a uma associação econômica e familiar, de acordo com determinadas regras hereditárias. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, 2009 (reimpressão), p. 148, v.1).

³⁸ *Ibidem*, p. 238.

³⁹ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A economia política da corrupção no Brasil*. Benjamin Abdala Junior, Isabel Maria M. Alexandre (coords). São Paulo: SENAC São Paulo, 2001, p. 35 (Série Ponto Futuro; 8).

⁴⁰ CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, nº 1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582003000100005>. Acesso em 05.12.2016.

Fábio Nusdeo coloca de forma cristalina a importância da ciência do direito para a economia e vice-versa:

Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele.⁴¹

A análise econômica do direito proporciona uma teoria científica capaz de prever os efeitos das sanções legais sobre um determinado comportamento humano. Segundo os economistas as sanções são equivalentes aos preços, e os preços considerados provocam determinada reação ao comportamento humano, da mesma forma que as sanções também o fazem. Para preços mais altos as pessoas reagem consumindo menos produtos, da mesma forma que, teoricamente, reagem a sanções mais severas praticando menos crimes ou até mesmo deixando de praticá-los.⁴²

Os modelos de decisão baseados em incentivos podem ser elaborados de diversas formas e com diversas variáveis dependendo do tipo de comportamento humano que se deseja estudar. No caso que interessa a este trabalho, ao estudarmos o fenômeno da corrupção, interessa compreender a análise econômica do crime.

O modelo de decisão que será demonstrado baseia-se na obra de Gary Becker⁴³, *Crime and Punishment: An economic approach*, de 1968, e fornece a sequência lógica de fórmulas matemáticas e variáveis que permitem compreender de que forma os indivíduos, de forma racional, realizam suas escolhas com base em determinados incentivos e condições. Esta noção de certa forma já era presente em Jeremy Bentham e Cesare Beccaria, só que, enquanto segundo estes, os indivíduos buscam maximizar o prazer e minimizar o sofrimento, para aquele a decisão pelo cometimento de um crime está relacionada a benefícios e custos (ideia econômica), ao invés de prazer e sofrimento.⁴⁴

1.5.5.1 O modelo de decisão de Gary Becker

⁴¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-30.

⁴² COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito &*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

⁴³ BECKER, Gary S. *Crime and punishment: na economic approach*. University of Chicago and National Bureau of Economic Research, 1960.

⁴⁴ VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso*. Porto Alegre: AGE, 2006, p. 37.

Os crimes podem ser classificados em econômicos e não econômicos. Quando um indivíduo comete crimes interessado no retorno financeiro ou na vantagem a ser obtida pela prática criminosa, trata-se de um crime econômico. No caso dos crimes assim ditos econômicos, o argumento econômico parece fazer todo o sentido, pois o que se busca é o resultado financeiro com o crime, por isso faz sentido a aplicação de um modelo de decisão baseado em fatores econômicos, que é justamente o que Gary S. Becker pretende comprovar em seu estudo.

Segundo o autor⁴⁵, desde a virada do século, a legislação dos países ocidentais tem expandido rapidamente para reverter os ventos dominantes do *laissez faire* durante o século XIX. O Estado não mais apenas oferece proteção em face de violações contra pessoas e propriedade por meio de assassinatos, estupros ou roubos, mas também restringe a “discriminação” contra certas minorias, acordos de negócios em conluio, turismo, viagem, os materiais utilizados na construção civil e milhares de outras atividades. As atividades restritas não apenas são inúmeras, mas também tem um amplo espectro, afetando pessoas nas mais variadas atividades e de diversas origens sociais, níveis educacionais, idades, raças, etc. Além disso, a probabilidade de que um criminoso seja descoberto e condenado e a natureza e extensão das punições diferem consideravelmente de pessoa para pessoa e de atividade para atividade. Ainda, a respeito de tamanha diversidade, algumas propriedades comuns são compartilhadas por praticamente todas as legislações, e essas propriedades constituem o tema da obra seminal de Gary S. Becker.

A obediência à lei não é uma garantia, por isso recursos públicos e privados são gastos na prevenção de crimes e captura de criminosos. Em segundo lugar, a condenação em si mesma geralmente não é considerada uma punição suficiente; punições adicionais e em alguns casos severas são impostas aos condenados. O que determina a quantidade e o tipo de recursos e punições utilizados para reforçar determinada legislação? Em particular, por que os reforços são tão diferentes nos diversos tipos de legislação?

O que Gary S. Becker procurou foi responder versões normativas dessas questões, a saber, quanto de recursos e quanto de punição devem ser utilizados para reforçar os diferentes tipos de legislação? De forma equivalente, e ainda que pareça estranho, qual quantidade de crimes deve ser permitida e quantos criminosos devem seguir impunes? O método utilizado por Becker formula uma medida da perda social oriunda dos crimes e

⁴⁵ BECKER, Gary S. *Crime and punishment: na economic approach*. University of Chicago and National Bureau of Economic Research, 1960.

encontra o custo dos recursos e punições que minimizam essa perda. O critério geral da perda social é apresentado para se adaptar a casos específicos, válido mediante suposições específicas, o critério de vingança, detenção, compensação, e reabilitação que historicamente figuraram tão proeminentemente na literatura e prática criminológica.

A quantidade ótima de reforço legal ou de repressão é apresentada a depender, dentre outras coisas, do custo de se capturar e condenar criminosos, da natureza das punições – por exemplo, se são multas ou prisões – e das respostas dos criminosos às mudanças no reforço. A discussão, portanto, inevitavelmente ingressa em questões relativas ao estudo da aplicação de penas e teorias do comportamento criminal. O segundo propósito do estudo de Gary S.Becker é perceber quais experiências nestas questões envolvidas são proporcionadas por uma aproximação “econômica”. É sugerido, por exemplo, que uma teoria útil do comportamento criminal possa prescindir das teorias especiais da anomia, inadequação psicológica, ou herança de traços especiais e simplesmente ampliar as análises usuais de escolha dos economistas.

1.5.5.2 O custo do crime

Apesar da utilização da palavra “crime” no título para minimizar inovações terminológicas, a análise é destinada a ser suficientemente genérica para cobrir todas as possibilidades de violações, não apenas os crimes mais agressivos – como homicídio, roubo, e assalto, os quais recebem muita cobertura na mídia – mas também sonegação, os assim chamados crimes de colarinho branco, o tráfico e outras violações. Visto desta amplitude, “crime” é uma atividade economicamente importante ou “indústria”, não obstante a negligência da quase totalidade dos economistas.⁴⁶

Algumas evidências relevantes foram reunidas pela Comissão Presidencial de Reforço da Legislação e Administração da Justiça nos Estados Unidos (a “Comissão do Crime”). Os gastos públicos em 1965 nos níveis federal, estadual e local com polícia, judiciário, e “execuções” somavam mais de 4 bilhões de dólares, enquanto os gastos

⁴⁶ Segundo Gary S.Becker esta negligência resulta provavelmente de uma atitude na qual uma atividade ilegal é tão imoral que não merece nenhuma atenção quanto à sistematização científica. A influência de atitudes morais em uma análise científica é vista com maior clareza na discussão de Alfred Marshall. Após ter argumentado que mesmo jogos honestos são uma “mancada econômica”, pois diminuem a utilidade marginal, ele diz, “é verdade que esta perda da provável felicidade não precisa ser maior que o prazer derivado da excitação pelo jogo, e somos então jogados de volta pela intuição [sic] de que os prazeres do jogo são, segundo Bentham, “impuros”; já que a experiência mostra que eles são suscetíveis de criar um caráter inquieto, febril, inadequado para o trabalho constante bem como para os mais elevados e sólidos prazeres da vida” (MARSHALL, 1961).

privados com alarmes contra roubo, seguranças, conselheiros, e algumas outras formas de proteção foram de 2 bilhões de dólares. Inquestionavelmente, os gastos públicos e especialmente os privados foram subestimados, já que gastos oriundos de muitos órgãos públicos no sentido de reforçar algumas leis em particular, como leis estaduais de emprego justo⁴⁷, não estão incluídas, e uma miríade de medidas privadas de precaução contra o crime, desde aquelas destinadas à sobrevivência nas cidades até os táxis, também estão excluídas.

Foram listadas as estimativas da “Comissão do Crime” sobre os custos diretos de vários crimes. A renda bruta a partir dos gastos em várias formas de consumo ilegal, incluindo narcóticos, prostituição, e principais jogos, somou mais de 8 bilhões de dólares. O valor dos crimes contra a propriedade, incluindo fraude, vandalismo, e roubo, somaram quase 4 bilhões de dólares⁴⁸, enquanto uns 3 bilhões de dólares resultam de perdas com ganhos devidos a homicídio, assaltos, ou outros crimes. O total dos custos listados na tabela por volta de 21 bilhões de dólares representa quase quatro por cento da renda nacional informada para o ano de 1965. Caso as maiores omissões fossem incluídas, o percentual certamente seria consideravelmente maior. O crime provavelmente se tornou mais importante durante os últimos quarenta anos. A Comissão do Crime não apresentou evidências nas tendências dos custos, mas apresentou evidências que sugerem que a maioria dos crimes mais graves per capita cresceu desde os anos 30. Além disso, com o grande aumento de tributos e outras leis, a evasão fiscal e outras formas de crimes de colarinho branco presumivelmente cresceram mais que esses crimes mais violentos. Um exemplo de evidência indireta do crescimento de crimes foi o grande incremento de moeda em circulação desde 1929. Nos seis anos anteriores a esta data, a proporção de moeda tanto em relação ao montante total de dinheiro quanto para gastos com consumo declinou substancialmente. Desde então, em função de uma maior urbanização e crescimento da

⁴⁷ Os gastos dos trinta estados com este tipo de legislação em 1959 totalizaram quase 2 milhões de dólares (veja LANDES, 1966).

⁴⁸ Superficialmente, fraudes, roubos, etc., não envolvem custos sociais verdadeiros, mas são simples transferências, com as perdas das vítimas sendo compensadas pelos mesmos ganhos por parte dos criminosos. Como são transferências, seus valores de mercado são, não obstante, uma primeira aproximação com o custo social direto. Se a indústria do roubo ou da fraude é “competitiva”, a soma dos valores de entrada dos tempos dos criminosos – incluindo o tempo das “cercas” e o tempo futuro na prisão – somados ao valor de entrada do capital, compensações pelo risco, etc., poderia se aproximar do valor de mercado da perda das vítimas. Consequentemente, ao lado do ingresso de produtos intermediários, as perdas podem ser consideradas como medida do valor de trabalho e capital inseridos nestes crimes que, na verdade, são custos sociais.

renda e a disseminação de cartões de crédito e outras formas de crédito⁴⁹, as duas proporções aumentaram demasiadamente⁵⁰. Esta reversão pode ser explicada por um aumento incomum na atividade ilegal, a partir do momento em que a moeda possui vantagens óbvias em relação ao controle de atividade ilegais (o contrário é verdadeiro para transações legais), pois nenhum registro permanece em relação à transação.⁵¹

1.5.5.3 O Modelo

Ao se determinar a forma otimizada de combate ao crime, é útil desenvolver um modelo que incorpore o comportamento das relações por trás dos custos considerados. Isto pode ser dividido em cinco categorias: as relações entre (1) o número de crimes, chamados “ofensas” na pesquisa de Becker, e o custo das ofensas, (2) o número de ofensas e as punições aplicadas, (3) o número de ofensas, prisões, e condenações e os gastos públicos com polícia e judiciário, (4) o número de condenações e os custos com encarceramentos ou outras formas de punição, e (5) o número de ofensas e gastos privados com proteção e apreensão.

1.5.5.3.1 Danos

A partir do sentimento e da crença de que membros de uma sociedade estão sendo ameaçados é que parte a motivação para se considerar determinada atividade como ilegal ou, por outro lado, iniciam-se os esforços para restringir esta atividade. A quantidade de prejuízo tenderia a aumentar com os níveis de atividade, como na seguinte relação

$$H_i = H_i(O_i),$$

Com (1)

$$H'_i = \frac{dH_i}{dO_i} > 0$$

⁴⁹ Para uma análise a respeito do secular declínio para 1929 que sobrecarregou a urbanização e o aumento das rendas, veja Cagan (1965, capítulo IV).

⁵⁰ Em 1965, a razão de moeda em circulação disponível para os gastos com consumo era de 0,08, comparado com apenas 0,05 em 1929. Em 1965, a moeda em circulação para as famílias era de gritantes 738 dólares.

⁵¹ Cagan (1965, capítulo IV) atribui muito do aumento de apreensões de moeda entre 1929 e 1960 ao incremento da evasão de tributos resultantes do aumento da carga tributária.

Onde H_i é o prejuízo da atividade i e O_i é o nível desta atividade.⁵² O conceito de prejuízo e a função relacionando a quantidade ao nível de atividade são familiares aos economistas a partir das várias discussões sobre atividades que causam deseconomias externas.

Para Fabio Nusdeo⁵³, as deseconomias externas representam externalidades (falha de sinalização) que provocam custos circulando externamente ao mercado, não quer significar que sejam fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas fatos ocorridos fora do mercado e de suas regras. Cita como exemplo uma lavanderia que estende suas roupas em um determinado lugar para secarem quando, em determinado momento, uma usina metalúrgica se instala nas imediações passando a expelir fuligem que em suspensão no ar começa a se depositar nas roupas lavadas, gerando assim um custo adicional para a lavanderia que precisará arcar com a solução para este problema. Sendo assim, a usina transfere um custo que seria dela para a lavanderia. Como este tipo de externalidade transferiu um custo, ela é chamada de externalidade negativa ou deseconomia externa.

Nilson Holanda define as externalidades como sendo decisões ou atividades que, partindo de um produtor, geram efeitos econômicos sobre outros produtores. No entanto, essa relação não representa uma transação de mercado. Quando os efeitos causados representam uma forma de custo ou prejuízo temos um caso de deseconomia externa ou externalidade negativa.⁵⁴

Desta perspectiva, as atividades criminais são um importante subconjunto da classe de atividades que causam deseconomias, com o nível de atividades criminais medido pelo número de ofensas.

O valor social do ganho para os criminosos presumivelmente também tende a aumentar com o número de crimes, como em

$$G = G(O)$$

⁵² O i referenciado será suprimido sempre que for considerado que apenas uma atividade estiver sendo discutida.

⁵³ NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 152-155.

⁵⁴ HOLANDA, Nilson. *Introdução à economia: da teoria à prática e da visão micro à macroperspectiva*. 8. ed. rev. e ampl. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 425.

Com (2)

$$G' = \frac{dG}{dO} > 0$$

O custo líquido ou dano para a sociedade é simplesmente a diferença entre o prejuízo e o ganho e pode ser escrito como

$$D(O) = H(O) - G(O) \quad (3)$$

Se, como parece plausível, os criminosos eventualmente recebessem ganhos marginais menores e causassem aumento no prejuízo marginal pelas ofensas adicionais, $G'' < 0$, $H'' > 0$, e

$$D'' = H'' - G'' > 0, \quad (4)$$

Como ambos H' e $G' > 0$, o sinal de D' depende dos seus valores relativos. Segue-se a partir de (4), em todo caso, que

$$D'(O) > 0 \text{ para todo } O > A_0 \text{ se } D'(O) > \text{ ou } = 0. \quad (5)$$

Restringe-se a discussão apenas à região onde $D' > 0$, a região que fornece a justificativa mais forte para considerar uma atividade como ilegal. Em outra seção de seu estudo, Gary S. Becker reconsidera o problema geral das deseconomias externas e então $D' < 0$ também será permitido.

O estudo de Gary S. Becker leva em consideração os custos de vários crimes, e que foram interpretados como estimativas dos valores dos recursos utilizados nestes crimes. Esses valores são importantes componentes dos danos líquidos para a sociedade, mas não idênticos a estes. Por exemplo, o custo do homicídio foi medido pela perda de rendimentos das vítimas e excluiu, entre outras coisas, o valor atribuído pela sociedade à vida em si; o custo dos jogos excluiu ambos: a utilidade para os que jogam e a falta de utilidade “externa” para alguns membros do clero e outros; o custo das “transferências”, como roubos e apropriação indébita, excluiu atitudes sociais no sentido de uma redistribuição forçada da riqueza e também dos efeitos na acumulação de capital da possibilidade do

furto. Consequentemente, os 15 bilhões de dólares que foram estimados para o custo do crime podem ser uma subavaliação significativa dos prejuízos líquidos para a sociedade, não somente porque os custos de muitos crimes de colarinho branco foram omitidos, mas também porque muitos prejuízos foram omitidos mesmo no caso dos crimes mencionados.

1.5.5.3.2 O custo da apreensão e condenação

Quanto mais se gasta com policiamento, judiciário, e equipamentos especializados, mais fácil se torna descobrir as atividades criminosas praticadas e com isso condenar os agentes causadores. Pode-se postular uma relação entre o produto do trabalho da polícia e a “atividade” do judiciário e vários *inputs* de mão-de-obra, materiais, e capital, como em $A=f(m,r,c)$, onde f é uma função que resume o “estado das artes”. Dada a função f e os valores de *input*, um aumento da “atividade” poderia ser mais custoso, como resumido na seguinte relação

$$C = C(A)$$

E (6)

$$C' = \frac{dC}{dA} > 0.$$

Poderia ser mais barato atingir qualquer nível de atividade considerado desde que fossem mais baratos os custos com policiais,⁵⁵ juízes, conselhos, e júris e quanto mais desenvolvido fosse o estado das artes, de acordo com as tecnologias como impressões digitais, escutas telefônicas, controles computadorizados, e detectores de mentira.⁵⁶

Uma aproximação para uma medida empírica da “atividade” seria o número de ofensas esclarecidas com condenação. O que poderia ser escrito como

$$A = pO, \tag{7}$$

⁵⁵ De acordo com a Comissão do Crime, de 85 a 90 por cento de todos os custos com a polícia consistem em salários e vencimentos (Comissão Presidencial, 1967a, p. 35).

⁵⁶ Um relatório da força tarefa da Comissão do Crime apresenta sugestões para uma utilização maior e mais eficiente de tecnologias avançadas (Comissão Presidencial, 1967e).

Onde “p”, a razão de ofensas afastadas as condenações para todos os criminosos, é a probabilidade global de que uma ação criminosa seja esclarecida com condenação. Substituindo (7) em (6) e calculando-se a diferencial, teremos

$$C_p = \frac{\partial C(pO)}{\partial p} = C'O > 0$$

E (8)

$$C_o = C'p > 0$$

Se pO diferente de 0. Um aumento na probabilidade de condenação ou do número de ofensas poderia aumentar os custos totais. Se o custo marginal do aumento da “atividade” subisse, implicações adicionais poderiam ocorrer, como

$$\begin{aligned} C_{pp} &= C''O^2 > 0, \\ C_{oo} &= C''p^2 > 0, \end{aligned} \tag{9}$$

E

$$C_{po} = C_{op} = C''pO + C' > 0.$$

Uma aproximação mais sofisticada e realista derruba a implicação (7) de que as condenações sozinhas medem a “atividade”, ou ainda que p e O possuem elasticidades idênticas, e introduz uma relação mais genérica

$$A = h(p, O, a) \tag{10}$$

A variável “a” permanece para prisões e outros determinantes da “atividade”, e não há presunção de que a elasticidade de “h” no que diz respeito a “p” seja igual em relação a “O”. A substituição origina a função custo $C = C(p, O, a)$. Se, como é extremamente parecido, h_p , h_o , e h_a são todos maiores que zero, então certamente C_p , C_o , e C_a são todos maiores que zero.

A fim de garantir que posições otimizadas permaneçam fiéis nas curvas, é necessário inserir algumas restrições nas segundas derivadas da função do custo. Combinado com outras suposições, é suficiente que

$$\begin{aligned} C_{pp} &\geq 0, \\ C_{oo} &\geq 0, \end{aligned} \tag{11}$$

E

$$C_{po} \text{ aprox. } 0$$

As duas primeiras restrições são pouco plausíveis, a terceira muito menos.⁵⁷ Em 1965 os gastos públicos nos Estados Unidos com polícia e com o judiciário totalizaram mais de 3 bilhões de dólares, o que não é de se desprezar. Estimativas em separado foram preparadas para cada um dos sete crimes.⁵⁸ Os gastos atingiram a média de 500 dólares por crime (informados) e cerca de 2000 dólares por pessoa presa, com cerca de 1000 dólares gastos por assassinato (Comissão Presidencial, 1967a, p. 264-65); 500 dólares é uma estimativa do custo médio desses crimes e poderia presumivelmente ser mais representativo se o número de cada uma dessas condenações e prisões fosse maior. Os custos marginais (C_o) poderiam ser no mínimo 500 dólares se a condição (11), $C_{oo} \geq 0$,

$$AC = \frac{C(p, O, a)}{O}$$

1.5.5.3.3 A oferta de delitos

As teorias sobre os fatores que determinam a quantidade de crimes praticados são muito diferentes, da ênfase no formato dos crânios e herança biológica até a educação familiar e o desencanto com a sociedade.

A escola liberal clássica não distinguia o delinquente de outros indivíduos, entendendo não haver um rígido determinismo que influenciasse a conduta criminosa, o direito penal e a pena aplicada eram considerados instrumentos para defesa da sociedade

⁵⁷ Diferenciando a função do custo produz $C_{pp} = C''(hp)^2 + C'hpp$; $C_{oo} = C''(ho)^2 + C'hoo$; $C_{po} = C''hohp + C'hpo$. Se os custos marginais fossem aumentados, C_{pp} ou C_{oo} poderiam ser negativos somente se hpp ou hoo fossem suficientemente negativos, o que não parece ocorrer. Contudo, C_{po} poderia ser aproximadamente zero somente se hpo fosse suficientemente negativo, o que também é improvável. Note que se a “atividade” é medida pelas condenações apenas, $hpp = hoo = 0$, e $hpo > 0$.

⁵⁸ Que são homicídio doloso, estupro, roubo, assalto grave, invasão de domicílio, furto, e roubo de carros.

em relação à prática de crimes, como medidas desmotivantes, não havendo preocupação no sentido de influenciar no comportamento do indivíduo. Coube a Lombroso, em sua obra *L'uomo delinquent* de 1876, mediante análise eminentemente antropológica contrapor a tese encampada pela Escola clássica e assim, sem negligenciar por completo fatores psicológicos e sociais, inaugura ao lado da Escola positiva uma análise criminológica que considera o delito um ente natural e determinado por causas biológicas e hereditárias.⁵⁹

Ambas as escolas escoram seus fundamentos no pensamento iluminista com a diferença, segundo Sérgio Salomão Schecaira: “a Escola Clássica enraíza suas ideias exclusivamente na razão iluminista e a Escola Positivista na exacerbação da razão confirmada pela experimentação”.⁶⁰

Praticamente todas as teorias concordam, no entanto, que quando outras variáveis permanecem constantes, um aumento na probabilidade de condenação ou punição no caso de condenação pode diminuir, talvez substancialmente, talvez tenuamente, o número de delitos que determinada pessoa poderia cometer. Além disso, uma generalização comum feita por pessoas com experiência em assuntos jurídicos é de que uma mudança na probabilidade tem um efeito maior no número de delitos que uma mudança na punição⁶¹, mesmo que nenhuma das proeminentes teorias lance alguma luz nesta relação.

A aproximação considerada por Gary S. Becker segue a análise usual de escolhas dos economistas e considera que uma pessoa comete um delito se a utilidade esperada por ela excede a utilidade que ela possa obter ao utilizar seu tempo e outros recursos em outras atividades. Algumas pessoas se tornam “criminosos”, portanto, não porque sua motivação básica seja diferente daquela de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos são diferentes. Gary S. Becker não aprofundou as muitas implicações genéricas desta aproximação,⁶² salvo para assinalar que o comportamento criminal torna-se parte de uma teoria muito mais geral e não requer conceitos *ad hoc* de associação diferencial, anomia, e

⁵⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p. 38 e 39.

⁶⁰ SCHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 72.

⁶¹ Por exemplo, Lord Shawness (1965) disse, “Alguns juízes se preocupam com métodos de punição. Este é o trabalho deles. Mas na prevenção do crime isto é menos significativo do que eles parecem pensar. A certeza na detecção é muito mais importante do que a severidade da punição.” Veja-se também a discussão de ideias de C. B. Beccaria em Radzinowicz (1948, I, p. 282).

⁶² Vejam-se, contudo, as discussões em Smigel (1965) e Ehrlich (1967).

parecidos,⁶³ nem que se considerasse o conhecimento perfeito, cálculos rápidos, ou qualquer outra das caricaturas da teoria econômica.

Esta aproximação implica que há uma função relacionando o número de delitos causados por uma pessoa com sua probabilidade de condenação, com a punição caso venha a ser condenado, dentre outras variáveis, como a renda disponível para ela em atividades legais ou outras ilegais, a frequência de prisões incômodas, e o desejo em cometer um ato ilegal. Isto pode ser representado como

$$O_j = O_j(p_j, f_j, u_j)$$

Onde O_j é o número de ofensas que o indivíduo poderia cometer durante um período específico, p_j a probabilidade de condenação pela ofensa, f_j a punição pela ofensa, e u_j uma variável que representa todas essas outras influências.⁶⁴

Como apenas os delitos condenados são punidos, há efetivamente uma “discriminação dos preços” e incertezas: se condenado, ele paga f_j pela ofensa condenada, enquanto do contrário não pagaria. Um aumento tanto em p_j quanto f_j poderia reduzir a utilidade esperada de uma ofensa e isto tenderia a reduzir o número de ofensas porque tanto a probabilidade de se “pagar” o “preço” maior ou um “preço” em si mesmo poderia aumentar.⁶⁵ Significa dizer,

⁶³ Para uma discussão desses conceitos, veja Sutherland (1960).

⁶⁴ Tanto p_j quanto f_j devem ser consideradas distribuições que dependem do juiz, júri, promotor, etc., em que j pode receber. Entre outras coisas, u_j depende dos p 's e f 's encontrados para outras ofensas concorrentes. Para evidências que indicam que os ofensores praticam substituições entre as ofensas, veja Smigel (1965).

⁶⁵ A utilidade esperada pelo cometimento de uma ofensa é definida como

$$EU_j = p_j U(Y_j - f_j) + (1 - p_j) U_j(Y_j)$$

Onde Y_j é sua renda, monetária e física, de uma ofensa; U_j é sua função de utilidade; e f_j deve ser interpretada como a equivalência monetária da punição. Então

$$\frac{\partial EU_j}{\partial p_j} = U_j(Y_j - f_j) - U_j(Y_j) < 0$$

E

$$\frac{\partial EU_j}{\partial f_j} = -p_j U'_j(Y_j - f_j) < 0$$

Desde que a utilidade marginal da renda seja positiva. Pode-se expandir a análise incorporando-se os custos e as probabilidades das prisões, detenções, e julgamentos que não resultam em condenações.

$$Op_j = \frac{\partial O_j}{\partial p_j} < 0$$

E

$$Of_j = \frac{\partial O_j}{\partial f_j} < 0$$

As quais são restrições geralmente aceitas mencionadas acima. O efeito das mudanças em alguns componentes de u_j poderiam ser antecipados. Por exemplo, um crescimento na renda disponível em atividades legais ou um aumento na aderência às leis através da “educação” poderia reduzir o incentivo para o ingresso em atividades ilegais e assim reduzir o número de ofensas. Ou uma mudança na forma de punição, por exemplo, de uma multa para uma prisão, poderia reduzir o número de ofensas, ao menos temporariamente, pois não poderiam ser cometidas na prisão.

Esta aproximação também possui uma interpretação interessante de uma resposta maior presumida para a mudança na probabilidade que na punição. Um aumento em p_j “compensado” por uma percentagem igualmente reduzida em f_j pode não alterar a renda esperada por uma ofensas pode alterar a utilidade esperada, pois a quantidade de risco pode mudar. É facilmente demonstrado que um aumento em p_j poderia reduzir a utilidade esperada, e assim o número de ofensas, mais que um aumento percentual equivalente em f_j se j tem preferência por risco; o aumento em f_j poderia ter um efeito maior se ele tivesse aversão ao risco; e eles poderiam ter o mesmo efeito para um risco neutro. A difusão generalizada de que ofensores são mais dissuadidos pela probabilidade de condenação que pela punição quando condenados implica na aproximação da utilidade esperada na qual ofensores preferem os riscos, ao menos na região relevante das punições.

O número total de ofensas é o somatório de todos os O_j e pode depender do arranjo de p_j , f_j , e u_j . A não ser que essas variáveis sejam suficientes para diferenciar entre pessoas tendo em vista diferenças de inteligência, idade, educação, histórico pregresso de ofensas, riqueza, educação familiar, etc., por simplicidade considero apenas a média dos valores, p , f , e u , e escrevo a função do mercado de ofensas como

$$O=(p,f,u)$$

Esta função é adotada para ter as mesmas propriedades das funções individuais, em particular, para ser negativamente relacionada com p e f e para ser mais sensível ao primeiro que ao último se, e somente se, os ofensores considerados tenham preferência ao risco. Smigel (1965) e Ehrlich (1967) estimaram funções como (14) para sete crimes reportados pelo FBI utilizando dados estatais como unidade básica de observação. Eles verificaram que as relações são bastante estáveis, conforme evidenciado por coeficientes altamente correlacionados; que há efeitos negativos significantes em O de p e f ; e que usualmente o efeito de p excede o de f , indicando preferência por risco na região de observação.

Um resultado bem conhecido revela que, em equilíbrio, a renda real das pessoas em atividades de risco são, na margem, relativamente altas ou baixas na medida em que as pessoas são geralmente avessas ou aderentes aos riscos. Se os ofensores fossem aderentes aos riscos, isto implica que a renda real dos ofensores seja menor, na margem, que as rendas que eles poderiam receber em atividades legais menos arriscadas, e o inverso se fossem avessas ao risco. Se o “crime compensa” é então uma implicação das atitudes que os ofensores têm em relação ao risco e não é diretamente relacionado à eficiência da polícia ou à quantidade de dinheiro gasto para se combater o crime. Se, contudo, o risco for preferido para alguns valores de p e f e evitado em outros, a política pública poderia influenciar caso o “crime compense” pela escolha de p e f . De fato, será demonstrado mais adiante que as perdas sociais das atividades ilegais são usualmente minimizadas pela seleção de p e f em regiões nas quais o risco for preferido, ou seja, em regiões onde o “crime não compensa”.

1.6 Complexidade da corrupção sistêmica

Devido à sua capacidade de transmutação típico do fenômeno da corrupção, observou-se que ao longo dos tempos o delito evoluiu de um patamar situado no ambiente burocrático típico da administração pública, mas não somente nela, de forma pulverizada e até isolada, para um nível político-administrativo extremamente organizado. Esta mutação comporta uma alteração no próprio bem jurídico tutelado pelo direito penal conforme será observado mais adiante, alargando o bem jurídico ofendido e promovendo assim o efeito de rarefação em relação ao conteúdo de desvalor dos atos de corrupção mais elementares.

A maior prova de que a corrupção sofreu esta forma de mutação reside no fato de que hoje ela prejudica não somente o prestígio, a imparcialidade e o bom funcionamento da administração pública na forma como esperam os cidadãos, mas também afeta diretamente a economia do Estado e a legitimidade dos poderes e órgãos públicos necessários para que exista de fato uma democracia constituída. A dimensão jurídica do fenômeno acompanha, portanto, essa mutação, não se limitando somente à preocupação com a configuração normativa do fato típico inerentes aos crimes de corrupção.

O desafio que se coloca é o contraste existente entre, de um lado, a relação entre os princípios fundamentais de direito penal juntamente com o esforço demandado no sentido de reforçar a estrutura punitiva do Estado de forma eficiente, do outro lado, o problema que há na devida avaliação da real eficácia da aplicação de um determinado instrumento penal frente à complexidade estrutural da corrupção sistêmica, conforme será apresentado.

É preciso analisar com cautela se o combate à corrupção deve ser efetivado apenas mediante a implementação de instrumentos oriundos única e exclusivamente do direito penal (problema de política criminal), ou se seria o caso de buscar uma integração com outros instrumentos possíveis de combate à corrupção para que se chegue o mais perto possível da eficiência desejada.

1.6.1 Dimensões do fenômeno da corrupção

O fenômeno da corrupção há muito não se situa somente no meio frequentado pelo agente público de pequeno porte, mas alcançou o vértice da organização estatal comprometendo a saúde organizacional da administração pública e irradiando suas consequências drásticas no plano político, econômico e social. Não é mais um fenômeno localizado e pontual, mas sistêmico.

Em função da dificuldade existente na mensuração do fenômeno corruptivo, este se apresenta de forma contraditória. Enquanto a corrupção efetivamente registrada, segundo dados estatísticos extraídos das denúncias efetuadas e das condenações por corrupção e concussão, possui níveis de ordem média ou baixa, os níveis de percepção da corrupção na Itália (e no Brasil não é diferente) encontram-se elevados. Em 1990 o número de denúncias registradas por corrupção ou concussão era de 235, em 1993 era de 1245, e em 1995 era de 2000 crimes com 3000 denunciados. Por fim, após 1993 o número de denunciados começa

a ser reduzido até atingir novamente o patamar anterior ao ano de 1993⁶⁶. Repare que o pico de crimes e denúncias ocorreu contemporaneamente à operação mãos limpas.

Essa discrepância que há entre a corrupção efetivamente contabilizada e a percebida fica clara ao trazer à baila os números apresentados pela ONG *Transparency International* (Transparência Internacional), segundo a instituição, a partir de um rol de 177 países mensurados, o Brasil se encontra na 72ª posição e Itália na 69ª, dados de 2003.⁶⁷ Vários são os motivos que contribuem para essa discrepância entre a corrupção efetiva e a percebida, sendo o principal deles o fato de que por ser um delito de caráter difuso, dificilmente o corruptor ou aquele que tenha sofrido pelo ato de concussão do servidor público fará a denúncia do ato de corrupção, ou porque é conivente, ou porque teme uma forma de represália por parte do servidor corrupto, ou até mesmo a efetivação de atos segundo a disposição normativa corrente mas que não se coaduna com seus objetivos financeiros e econômicos no sentido de obter melhores vantagens competitivas quando confrontado com seus concorrentes. Tudo isso contribui para a formação de uma verdadeira subcultura que a disciplina da criminologia explica muito bem.

Na Itália, principalmente, vale acrescentar que os problemas de enfrentamento à corrupção sofrem um agravante muito peculiar com a atuação da criminalidade organizada que se expandiu para o resto do mundo com suas várias facetas, mas teve sua origem fincada naquele país. No período compreendido entre 1983 e 2002, no distrito da Corte de Apelação da Reggio Calabria, foram pronunciadas somente duas condenações definitivas por corrupção própria e somente uma por concussão.⁶⁸ Esses dados mostram o quanto é forte a influência da estrutura mafiosa nos órgãos que deveriam ser os responsáveis pelo combate direto à corrupção. Essa estrutura, como já dito, nos serve de advertência para que possamos nos prevenir contra a manifestação de qualquer tentativa no sentido de corromper nossas estruturas combativas, sem as quais nada se fará no combate à corrupção sistêmica. Portanto, cumpre neste trabalho detalhar a história da máfia italiana e como o povo italiano tem se preocupado para combatê-la.

⁶⁶ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 11.

⁶⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. The Global Coalition Against Corruption. Corruption Perceptions Index 2013. 2013. Disponível em: <http://issuu.com/transparencyminternational/docs/cpi2013_brochure_single_pages?e=2496456/5813913#search>. Acesso em: 06.02.2014.

⁶⁸ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 13.

1.6.2 A transformação do fenômeno corruptivo: a corrupção político-administrativa-sistêmica

O estudo da característica qualitativa do fenômeno da corrupção nos permite perceber o nível de difusão a que este pode alcançar. Se, por um lado, o objeto do presente estudo visa apresentar soluções aplicáveis ao combate da corrupção burocrático-administrativa pulverizada na máquina estatal, por outro, não podemos deixar de tecer as devidas considerações em relação à corrupção político-administrativa, impregnada de forma sistêmica no aparato político-administrativo do Estado brasileiro.

Se, por um lado, na corrupção burocrático-administrativa temos como elementos atuantes em geral servidores públicos de carreira ou concursados, quando falamos da corrupção político-administrativa observamos neste polo da relação os agentes políticos encarregados da manutenção dos interesses dos cidadãos principalmente no que diz respeito à aplicação dos recursos arrecadados em serviços do interesse da coletividade. O problema que vislumbramos é que neste nível de atuação dos agentes ditos políticos, quando envolvidos em casos de corrupção, em função dos próprios valores e interesses envolvidos, estamos diante de uma estrutura muito mais complexa e articulada quando comparadas às do primeiro tipo citado, envolvendo vários níveis hierárquicos de várias instituições públicas e privadas, sendo replicada simultaneamente como uma verdadeira reação em cadeia, alastrando-se por toda a atividade administrativa estatal de alto escalão.

Contudo, não significa dizer que os valores envolvidos no primeiro exemplo não sejam vultosos e consideráveis, conforme demonstraremos ao longo desta pesquisa. No entanto, são ações difíceis de serem controladas por mecanismos simples e, assim, sua fiscalização se coloca em um outro patamar de estudo que não será aprofundado nesta pesquisa.

1.6.3 O acordo criminoso (*pactum sceleris*) na corrupção político-administrativa-sistêmica e a perda da “dualidade” do pacto corruptivo

A característica peculiar desta forma de corrupção dificulta a aplicação do direito penal como forma de controle e combate. Na corrupção sistêmica há perda do caráter rigorosamente “dual” do pacto corruptivo. Outros sujeitos são envolvidos nesta relação além do corrupto e do corruptor como na forma convencional e simplificada que

conhecemos. Os centros de poder desempenham um papel fundamental na proliferação e manutenção dessas práticas corruptivas, como os partidos políticos que representam o ponto de chegada das propinas pagas pelos empreendedores.

Visualize-se o exemplo em que uma grande obra pública surge mediante supervisão de um determinado Ministério. A partir daí, surgem determinados acordos entre os partidos políticos estipulando o percentual a ser recebido por cada um deles a título de propina a ser pago a cargo da empresa vencedora do certame licitatório fraudado. O valor pago de alguma forma também flui para as mãos do titular daquele Ministério que também alimenta os agentes envolvidos no esquema. Observe que neste caso não há uma relação direta entre o particular corruptor e o político corrupto, que necessariamente precisa de agentes intermediários para praticar os atos devidos até a consumação de todo o processo.

1.6.4 A dinâmica do acordo criminoso na corrupção sistêmica

A lógica da contrapartida do corrupto na corrupção sistêmica também se diferencia daquela de simples troca direta quando comparada a da corrupção meramente administrativa. Aqui o corrupto não precisa ele mesmo emanar um ato de ofício de sua competência para que se configure o ato viciado. Muitas vezes, o que se observa neste caso é o exercício de influência baseado na autoridade do cargo ocupado para que outrem pratique o ato que se deseja.

A contrapartida do corruptor, sobretudo na corrupção sistêmica, nem sempre vem acompanhada de transferências ilegais de dinheiro (propina) diretamente ao político ou administrador corrupto. No mais das vezes, essa transferência se reveste de uma pseudoforma capaz de ludibriar os olhares mais atentos, seria o caso dos financiamentos de campanha, no qual um determinado empreendedor pode justificar determinada transferência de recurso com a justificativa de que se trata de mero financiamento para fins eleitorais de um determinado segmento de elaboração de políticas públicas que se coaduna com os valores, objetivos e com a missão daquele que promove o financiamento. Daí a necessidade clara de haver uma legislação eleitoral atual e transparente no sentido de permitir a articulação legítima dos grupos de interesse empresarial sem que, contudo, haja bloqueio ou um desvirtuamento do verdadeiro objetivo econômico que deve nortear essas negociações, sempre em prol do pleno desenvolvimento econômico do país.

1.6.5 Os efeitos da mutação criminológica da corrupção ao lado do “bem jurídico” ofendido

Francesco Cingari chama atenção para o fato de que esta mutação genética que se verifica no fenômeno da corrupção produz uma significativa transformação tanto no “bem jurídico” ofendido quanto no conteúdo de desvalor dos fatos de corrupção.⁶⁹ Segundo o autor, a sistematização e a propagação difusa da corrupção tem produzido um alargamento do bem jurídico ofendido e uma rarefação do conteúdo ofensivo dos atos individuais de corrupção. Os efeitos danosos produzidos pela novel forma de manifestação da corrupção não se resumem tão somente a ferir os limites impostos pela tipificação do crime de corrupção individualmente considerado como a moralidade e a probidade das atividades administrativas, mas produzem efeitos danosos de caráter econômico e político-institucionais capazes de frear qualquer tentativa de posicionamento estratégico de um determinado país no cenário econômico internacional.

Neste ponto cabe introduzir a discussão acerca dos efeitos benéficos da corrupção em face de uma máquina administrativa ineficiente e em prol de um maior dinamismo visando o rápido desempenho das forças econômicas que regem o mercado.

Ainda que seja verdade que por um breve período algumas práticas de corrupção possam alavancar alguns setores da economia, em face de um sistema administrativo burocrático ineficiente, também é verdade que a longo prazo a perpetuação dessas práticas trará prejuízos dificilmente superáveis já que haverá uma série de comprometimentos que irão gerar impactos negativos para o crescimento econômico e na distribuição dos recursos escassos de uma determinada economia. Conforme sabemos, e constitui premissa deste estudo, o crescimento econômico é inversamente proporcional aos índices de corrupção.

Nesse sentido, Francesco Cingari aponta como prejuízos ao crescimento econômico causados pela corrupção: a) a alteração no sistema de livre concorrência do mercado, na medida em que favorece a concentração da riqueza nas mãos daqueles que ingressam no esquema de pagamento de propinas em prejuízo daqueles que não podem ou não querem se valer deste artifício; b) níveis altos de corrupção em um determinado país desencorajam os investimentos, principalmente os oriundos do exterior (grandes investidores internacionais se utilizam dos índices de aferição da percepção da corrupção para direcionar suas

⁶⁹ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 17.

aplicações, um desses índices é o utilizado pela ONG Transparência Internacional); c) também incide negativamente sobre as possibilidades de desenvolvimento tecnológico das empresas que são incentivadas a desviar seus investimentos para o mercado da propina ao invés de pesquisa e inovação; d) por último, a corrupção eleva o gasto público, reduzindo a eficiência e a economicidade das obras públicas uma vez que os ganhos do corruptor privado se perfazem a partir do pagamento com dinheiro público de bens e serviços que poderiam ser adquiridos a um custo menor caso não fossem adquiridos mediante fraude.⁷⁰

Quanto aos prejuízos que a corrupção causa a uma racional distribuição de recursos, seu principal efeito se converte em uma desigualdade social capaz de abalar a estrutura socioeconômica referenciada. No plano político-institucional afeta o pleno desenvolvimento da democracia, prejudicando a governabilidade e a confiabilidade no bom funcionamento da administração pública como conjunto de ações voltadas para a prestação de serviços ao cidadão. A legalidade e a imparcialidade das ações públicas ficam comprometidas e a desconfiança dos cidadãos em relação às práticas da administração pública é um dos efeitos mais danosos que podem advir da corrupção sistematizada.

Nesse sentido, o alargamento do bem jurídico tutelado pode ser entendido com a transposição da preocupação tão somente com um ato de corrupção praticado isoladamente contra a moralidade e a probidade que devem nortear o bom funcionamento da administração pública, para o perigo de uma corrupção difusa e sistematizada, na qual o verdadeiro dano recai sobre o pleno desenvolvimento econômico, as contas públicas e a confiança do cidadão na legalidade e imparcialidade dos atos praticados pelos agentes públicos.

1.7 Corrupção e filosofia

No dizer de Paulo de Barros Carvalho, “o progresso da pesquisa científica fica na dependência direta do apoio indispensável da Filosofia”⁷¹.

Para Alaôr Caffé Alves, “a Filosofia é um **saber** e, como tal, um tipo de **conhecimento** sobre as coisas de seu campo de estudo”⁷² (grifos do autor). E conclui,

⁷⁰ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 18.

⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 4.

acerca do objeto de estudo da Filosofia, apresentando o pensamento de parte dos pensadores:

Nesse sentido, e por outras razões, uma larga faixa de pensadores creem não haver propriamente um objeto da Filosofia, pois ela é uma **atitude perante o mundo** e não um **conhecimento efetivo** de objetos empíricos do mundo, como precisamente ocorre com as ciências da natureza ou com as ciências humanas.⁷³ (grifos do autor)

Ainda, em complemento à ideia anterior, o professor Alaôr Caffé Alves acrescenta o posicionamento de outros pensadores em sentido oposto:

Outros pensadores acreditam ser a Filosofia um **exercício crítico** a respeito do conhecimento humano, especialmente em relação à forma de manifestação desse conhecimento, isto é, através da **linguagem**. Assim, segundo a corrente analítica, por exemplo, a Filosofia seria **o exercício de análise crítica das condições de possibilidade da linguagem para dizer o mundo**, cientificamente ou não. Então, a Filosofia tem como objeto de seu estudo e análise **o conhecimento humano expresso na linguagem, pondo em relevo, de modo crítico, aquilo que pode ser dito com sentido e coerência**. Porém, sendo ela um **saber crítico** sobre a forma de manifestar-se um outro saber (científico ou ordinário), também ela deve se manifestar sob a forma de uma linguagem.⁷⁴ (grifos do autor)

A busca, portanto, por meio da Filosofia, será no sentido de possibilitar a construção de um conhecimento capaz de permitir a formação de um juízo, ao invés de transmitir ao leitor tão somente meras intuições visuais. Paulo de Barros deixa clara a distinção entre o que seria “intuição visual” e “juízo”:

[...] já existe um *quantum* de conhecimento no ato de percepção, mas o conhecimento mesmo atinge sua plenitude quando aquele conteúdo se torna alvo de modalidades do pensamento (juízo). Pela intuição visual percebo o cão que passa, percebo também a cor de sua pelagem. Por enquanto, são meras percepções. Em seguida, emito o juízo afirmativo mediante o qual declaro que aquele animal tem o predicado de ser branco. Manifesta-se o conhecimento de maneira mais plena, submetendo-se, imediatamente, aos critérios de confirmação ou de infirmação, se não quisermos falar em verdade e falsidade, atributos de enunciados linguísticos. N^o outra circunstância, emocionado diante de um objeto de arte, reparo traços e movimentos que não estão expostos ao olhar frio e neutro do expectador comum, e sobre eles emito um juízo de valor, expressivo de minhas preferências. Eis o conhecimento se apresentando, na forma superior do emocional, mas igualmente declarado por um juízo lógico.⁷⁵

1.8 Delimitação do tema

⁷² ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

⁷³ Ibidem, p. 25.

⁷⁴ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25.

⁷⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 12 e 13.

O mais comum é se atribuir a corrupção à própria natureza humana⁷⁶, contudo, desenvolvida ao longo da existência do homem enquanto ser convivente em uma sociedade, sendo este, portanto, o aspecto sociológico da corrupção.

Não é uma característica nata do ser humano, não se nasce corrupto em regra. Apesar dos aspectos antropológicos destacados neste trabalho, não se pode afirmar que seja uma característica inerente a qualquer ser humano a predisposição à prática de atividades corruptas. Em verdade, são aspectos de diversas naturezas que contribuem para a formação do indivíduo em sociedade. Ao lado do aspecto antropológico, o sociológico talvez seja o que mais afeta a capacidade que um ser humano possui de se manter longe dos tentáculos sedutores que a corrupção faz questão de lançar sobre a vítima.

Também há que se ponderar o aspecto psicológico, como uma possibilidade nata, porém, defeituosa e que estatisticamente não representa o foco deste trabalho, mas que por sua mera possibilidade de ocorrência também contribui para o estudo deste tema.

Edmundo Oliveira⁷⁷ elenca uma série de fatores sociais que estimulam a corrupção, podemos destacar: a natureza humana perante pressões sociais, a impunidade, deficiências do Poder Judiciário (o corrupto considera a falha no processo de condenação pelo crime cometido), entraves burocráticos (estes um dos principais fatores de corrupção das atividades desenvolvidas pelos agentes públicos), entre outros fatores.

As consequências de uma sociedade corrompida, sobretudo de uma sociedade atingida por uma corrupção sistêmica são tão nocivas a ponto de comprometerem suas estruturas básicas de funcionamento, prejudicando não só a economia nacional, mas também a governabilidade do país. Algumas consequências mencionadas por Edmundo Oliveira⁷⁸ são: o enfraquecimento do controle do Estado, o desvio da aplicação de capitais que deveriam ser empregados em empreendimentos sociais e que passam a enriquecer agentes corruptos e corruptores, empobrecimento do Estado e da sociedade vítima dos atos de corrupção (será a grande financiadora deste processo), enfraquecimento da economia nacional (crise de crédito, fuga de divisas pra o exterior), proliferação de negócios ilegais (diante da percepção de que o sistema todo está corrompido muitos se deixam levar pela falta de comprometimento do Estado em relação ao combate da corrupção sistêmica),

⁷⁶ OLIVEIRA, Edmundo. A sociologia da corrupção. In: [inserir autor[es] do livro] Ciência Penal – Coletânea de estudos – Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 107.

⁷⁷ OLIVEIRA, Edmundo. A sociologia da corrupção. In: [inserir autor[es] do livro] Ciência Penal – Coletânea de estudos – Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 109.

⁷⁸ Idem.

degeneração da estrutura de fiscalização estatal que passa a ser atingida pela corrupção, dentre outros malefícios promovidos pelo fenômeno da corrupção.

Não é de hoje que se clama pela ética na vida pública, não apenas no serviço público prestado direta ou indiretamente pelo Estado, ou no desempenho das atividades cotidianas dos servidores públicos em sentido estrito. Em verdade, a sociedade exige há tempos pela ética na vida pública como um todo, incluindo neste contexto também, e principalmente, os personagens políticos, enquanto encarregados pela condução e direcionamento do país rumo a uma sociedade mais igualitária.

Na seara da política, ainda em 2007, o tema mereceu destaque em editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)⁷⁹, na ocasião, clamou-se pelo fim da corrupção sistêmica que assolava o país e que é responsável por promover a descrença da coletividade na figura do agente público, seja ele político, de carreira ou mero empregado de prestador de serviço público por concessão. Essa percepção tem consequências desastrosas para o bom funcionamento do Estado, sendo esta a conta a ser paga pelas “distorções morais, políticas e organizacionais de um país cujas instituições foram construídas com base na concessão de benesses, na troca de favores, no cartorialismo e no patrimonialismo”.⁸⁰

Problema ainda maior é a falência da moralidade pública que conforme será apresentado constitui gênero de importante valor para o estudo da moralidade administrativa.

Para que se admita a utilização do Direito Penal como forma de controle social, antes, faz-se necessária a verificação da relevância do bem jurídico que se busca proteger, ou seja, o que este bem a ser protegido representa para esta mesma sociedade, sendo o Direito Penal aplicável desde que não haja outra forma eficiente para evitar a violação pretendida.

A doutrina sugere distintas fundamentações quanto ao bem jurídico afetado nos casos de corrupção. Alguns (doutrina Hispanoamericana e Alemã) sugerem haver apenas um único bem jurídico afetado em todas as formas de corrupção (imparcialidade na atuação funcional), enquanto outros (majoritariamente na Espanha) afirmam haver um bem jurídico genérico (o correto funcionamento da Administração Pública) afetado em todos os crimes contra a administração pública e bens jurídicos específicos para cada caso em

⁷⁹ Boletim IBCCRIM / ano: 2007, vol.: 15, núm.: 177, p. 1. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim/212-177-Agosto-2007/?ano_filtro=2007>. Acesso em: 20/12/2016.

⁸⁰ Ibidem, p. 1.

particular (a imparcialidade na atuação funcional, o caráter público da função, entre outros).⁸¹

O fato é que se reconhece a necessidade da utilização do Direito Penal para os casos de corrupção do funcionário público. Poder-se-ia argumentar o porquê da não utilização apenas de um Direito Administrativo Disciplinar em face da conduta de um funcionário público corrupto. No entanto, dois argumentos devem ser apresentados de pronto para que não se minimize os efeitos dos atos de corrupção de funcionário público. Primeiro, a evidente independência entre as instâncias administrativa e penal, que possuem no direito objetivos distintos e não excludentes uma em relação a outra, restando ainda a de natureza cível quando couber. Por outro lado, o direito disciplinar não atinge por si só as soluções desejáveis para os casos de corrupção, uma vez que não dispõe dos instrumentos processuais e materiais que o direito penal é capaz de fornecer, principalmente em relação aos instrumentos de investigação.

Nesse sentido, este trabalho seguirá um viés onde se buscará o enquadramento do conceito de corrupção tal como nos deparamos na sociedade ocidental moderna. Sugerindo a aplicação e aperfeiçoamento de um sistema de controle interno da administração pública eficiente, mas também abordando uma série de alternativas de aprimoramento do sistema jurídico e legal de forma a aprimorar os instrumentos de combate à corrupção, além de apontar a necessidade de integração aos mecanismos sugeridos pela comunidade internacional, sobretudo em relação às convenções das quais o Brasil é signatário, não porque configura situação de necessidade de cumprimento contratual, mas por reconhecer que são as melhores práticas na atualidade.

1.9 Direito e moral

Historicamente, não se pode afirmar que havia uma definição entre os traços distintivos entre direito e moral, pelo menos desde a Antiguidade Clássica até o advento do império romano. No entanto, intuitivamente diferenciavam-se os dois conceitos, conforme podemos extrair, por exemplo, do brocardo “*non omnis quod licet honestum est*”.

Rememorando os conflitos gerados pela Reforma (séc. XVI) entre católicos e protestantes e até mesmo entre os protestantes, Miguel Reale leciona que aparece neste

⁸¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel A. La lucha contra la corrupción em um mundo globalizado. *Revista Peruana de Ciências Penales*, n.16, 2005, p. 29.

momento a necessidade de se delimitar a zona de interferência possível do Estado na vida dos súditos, na medida em que o soberano decide influenciar na convicção religiosa de cada um deles. A partir de então inicia-se um movimento por parte dos estudiosos com a ingerência do Estado na esfera individual de cada cidadão e que segue por todo o século XVII. O jurista alemão Cristiano Thomasius (séc. XVII), entre 1700 e 1705, apontou em sua obra uma diferenciação entre direito e moral, na qual o direito cuidaria da conduta humana depois de exteriorizada e a moral entraria no que ocorrer no plano da consciência, como conceitos separados e com campos de atuação bem delimitados.⁸²

Essa preocupação veio ao encontro de interesses liberais na medida em que pregavam limites para a interferência estatal na vida privada dos cidadãos. Sendo assim, a evolução nesse sentido continua no final do século XVIII e início do século XIX, nos países tendencialmente liberais, sendo a doutrina de Kant e Kelsen de alta relevância histórica para o estabelecimento de uma distinção entre Moral e Direito.

Como bem observou Maria Sylvania Zanella Di Pietro a partir da análise de Norberto Bobbio⁸³, de Kant extraímos três critérios para distinguir o direito da moral: um critério que considera a forma da obrigação, em que a moral não admite a realização de uma ação por inclinação ou interesse, enquanto o direito se conforma com a adequação da ação à lei; outro critério considera a interioridade ou exterioridade da ação, em que o direito ordenaria o conjunto de ações externas, independentemente da intenção de quem as cumpre, enquanto que a legislação moral (interna) dependeria da pureza da intenção do agente; e o terceiro critério é o que considera a interioridade ou exterioridade da liberdade, em que, de acordo com a moral, observamos o cumprimento dos deveres perante nós mesmos, enquanto que no direito nos responsabilizamos perante a sociedade, advindo desta consideração uma relação de intersubjetividade, surgindo o conceito de relação jurídica. Quanto à contribuição de Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*, também faz importante separação entre direito e moral, inferindo que o direito positivo se comporta no âmbito de limites necessários para delimitar a forma como deve ser realizado o ato, qualquer movimento para uma ampliação desse horizonte, rompendo esses limites, seria algo que não o direito positivo, mas a moral, por exemplo.⁸⁴

⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53-54.

⁸³ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1984, p. 53-66.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 139 e 140.

Miguel Reale nos faz lembrar da *Teoria do Mínimo Ético* exposta por Jeremias Bentham para quem o direito seria a parte delimitada da moral imposta coercitivamente a todos os indivíduos de uma determinada comunidade; seriam portanto dois círculos concêntricos nos quais a moral seria a de maior raio.⁸⁵

No entanto, a teoria do “mínimo ético” não nos parece resolver a problemática que envolve o fato de haver situações que são jurídicas, de direito portanto, mas que do ponto de vista da moral não guardam nenhuma relação, ou ainda, situações que são amorais ou imorais, ainda que juridicamente tuteladas. Maria Sylvia Zanella di Pietro também se manifesta no seguinte sentido:

No entanto, antiga é a distinção entre moral e direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. **Licitude** e **honestidade** seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).⁸⁶ (grifos da autora)

Analisando os fatos a partir da necessidade de cumprimento das regras sociais, verificamos que se torna nítida e pertinente a distinção entre regras sociais que são espontaneamente cumpridas e aquelas que só são cumpridas a partir do momento em que são impostas sanções para o caso de descumprimento da regra. Nesse sentido, a moral seria o conjunto das condutas espontâneas, ou seja, cujo cumprimento da regra independe de qualquer forma de coação para este fim.

Para Miguel Reale, o mero cumprimento do dever jurídico não significa necessariamente uma adequação do íntimo do indivíduo ao conteúdo moral da ação proposta, ou seja, o que é moral não pode coadunar com o que for de ordem coercitiva, impositiva ou obrigatória, mas sim deve estar permeado da voluntariedade e espontaneidade do ato praticado, e aponta para a principal distinção existente entre Direito e Moral, qual seja, a **coercibilidade**, sendo a moral incoercível, enquanto o direito é coercível.⁸⁷

Após estas breves considerações, resta importante salientar que a conduta humana não pode ser dividida em partes isoladas conforme desejavam os renomados doutrinadores que trataram do tema em comento, é o que verificamos no caso do Direito Penal, por exemplo, em que a intenção da conduta (dolosa ou culposa) é de suma importância na

⁸⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 76.

⁸⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

qualificação do delito cometido, também é relevante este aspecto na esfera civil na medida em que os atos poderão ser anulados nos casos de dolo, erro, coação ou fraude, sendo assim, verificamos que no início do século XX iniciaram-se as reações contra uma separação rígida entre Direito e Moral, voltando-se os autores para a busca das relações entre os dois institutos, primeiro no âmbito do Direito Civil e posteriormente no Direito Administrativo. Georges Ripert⁸⁸ em obra sobre “a regra moral nas obrigações civis” estuda a moralidade nas obrigações, buscando demonstrar a aplicação da regra moral na elaboração das leis e na aplicação pelo juiz. No entanto, sua obra fica adstrita aos limites do Direito Civil, nada informando acerca do Direito Administrativo, o que coube, segundo Antônio José Brandão⁸⁹ a Maurice Hauriou como sendo o primeiro a tratar do tema da moralidade no âmbito do direito público, conforme veremos mais adiante.

1.10 Moralidade administrativa

Esta distinção entre Direito e Moral traz seus reflexos a partir do momento em que se torna importante o debate sobre como seria possível sancionar a violação de um dever moral. É com base nesta “imprecisão” conceitual de moralidade administrativa que muitos autores deixam de classificá-la como um princípio. Há até mesmo aqueles que consideram a imoralidade apenas como uma agravante da ilegalidade do ato cometido, e não como vício autônomo do ato administrativo praticado.⁹⁰

Conforme comentado no item anterior, em detalhado artigo do português Antônio José Brandão intitulado *Moralidade Administrativa*, foi Hauriou o primeiro a falar desta espécie de moralidade, em suas palavras:

Foi Hauriou, esse fecundo e operoso agitador de ideias, quem pela vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da ‘moralidade administrativa’.⁹¹

⁸⁸ RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Local: editora, 1935.

⁸⁹ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, p. 454-467, 1951.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 817.

⁹¹ BRANDÃO, Op. cit., p. 457.

No entanto, o conceito de moralidade administrativa acima esposado por Hauriou somente foi definido na 10ª edição do seu *Précis de droit administratif*, como sendo o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”⁹². Depois de Hauriou, Welter, discípulo de Renard, em monografia de 1930 – *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative* – diferenciou a moralidade administrativa da comum, como sendo aquela “composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.”. Outro discípulo, Lacharrière, com monografia de 1938 – *Le Contrôle Hierárchique de l’Administration dans le Forme Jurisdictionelle* – em que no capítulo que tratou do tema referiu-se à moralidade administrativa como sendo “o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados. Semelhantes regras não se confundem, porém, com as regras da Moral comum: são regras de boa administração” e vai mais além conceituando o que seria a referida “boa administração” como sendo de “noção complexa, em que entram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico”.⁹³

A moralidade administrativa é fechada e destinada ao ambiente interno, sendo, portanto, e segundo este último doutrinador, fiscalizada mediante operacionalização de uma disciplina interna, ou seja, pelo poder disciplinar da administração pública. Mas esta seria a única possibilidade para se fiscalizar os atos imorais praticados no decorrer das atividades inerentes ao exercício da administração pública, ou haveria espaço para que este controle também fosse efetivado por intermédio do poder judiciário?

No Direito Civil observamos a interferência da moral a partir do abuso de direito, no qual o livre exercício de um direito não deve encontrar obstáculos excetuando-se os casos em que venha prejudicar outrem. Em sede de Direito Público, o ingresso do tema da moralidade mais especificamente no Direito Administrativo, deu-se por intermédio da teoria do desvio de poder.

No Direito Administrativo está configurado o desvio de poder quando uma autoridade administrativa exerce suas atribuições funcionais observando os ditames da legalidade, mas com finalidade diversa daquela para a qual determinada norma tenha sido editada, sendo, portanto, a utilização indevida dos poderes atribuídos a uma determinada autoridade quando esta deles se utiliza objetivando finalidade diversa. Assim como no

⁹² HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. In BRANDÃO, Antônio José. Op. cit., p. 454-467.

⁹³ BRANDÃO, Antônio José. Op. cit., p. 459-460.

abuso de direito, o que se verifica neste caso é que a intenção do agente se desvia da finalidade que justifica sua competência para a realização do ato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala: para que houvesse um controle do poder judiciário de atos administrativos praticados em desacordo com a moralidade administrativa, o desvio de poder passou a ser considerado como ilegalidade quanto aos fins.⁹⁴

No desvio de poder, o vício do ato considerado diz respeito justamente à consciência ou à intenção daquele que pratica o ato, ingressando, portanto, no conceito de legalidade administrativa. A partir desta consideração, entendemos que o Direito, como aquela esfera inserida nos limites da moral, passa a considerar como situações juridicamente tuteladas outras ocorrências que antes e durante um bom tempo eram alcançadas apenas pelas vedações de ordem moral.

A necessidade de haver uma finalidade metajurídica lícita por parte das regras acentuou a percepção de que o desvio de poder deveria ser considerado como a base exemplificativa para atos imorais, no dizer de Antônio José Brandão:

Assim acontece, por exemplo, a quem, desejoso de prejudicar outrem, deu à sua conduta a forma do exercício legal de um direito. Neste caso, pois, o fim metajurídico não corresponde a um dos fins adstritos à esfera dos efeitos jurídicos admissíveis. Por isso, embora legal, o exercício do direito afastou-se do seu fim próprio – é um exercício subtraído à medida da lei. Logo é um exercício abusivo do direito. A determina-lo está o intuito imoral de prejudicar; e é semelhante intuito que ocasionou a quebra do nexa normativo entre a conduta, as modificações da ordem jurídica e o fim metajurídico.⁹⁵

Essa evolução do estudo do desvio de poder como válvula de entrada para a análise da moralidade no contexto do Direito Administrativo deveu-se a uma construção do Conselho de Estado francês para limitar a discricionariedade administrativa, ampliando assim o controle judicial dos atos administrativos. Conforme bem salientou Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra sobre Discricionariedade e Controle Jurisdicional, a paternidade da teoria do desvio de poder pertence à França, que por intermédio do Conselho de Estado, em 1864, admitiu pela primeira vez o “desvio de poder” como uma

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 77.

⁹⁵ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, p. 463-464, 1951.

das hipóteses de ataques ao ato administrativo praticado com o intuito de finalidade diversa daquela para a qual deveria ter sido praticado pela autoridade administrativa competente.⁹⁶

Historicamente, em um primeiro momento, reconheciam-se os atos discricionários como limite da apreciação desses atos pelo judiciário, posteriormente, o Conselho de Estado impôs o seu controle para abranger os vícios de incompetência e de forma, o exame dos motivos e, por último, o exame dos fins, ou da finalidade.⁹⁷

1.11 Moralidade administrativa no direito brasileiro

Para justificar a adoção do princípio da moralidade administrativa como instituto autônomo no direito brasileiro, não se confundindo, portanto, com o princípio da legalidade, serão apresentadas constatações a partir do ordenamento constitucional pátrio combinado com a legislação infraconstitucional que trata do tema.

A Constituição Federal de 1988 menciona no artigo 37, *caput*, os princípios da legalidade e moralidade como princípios distintos entre si, além de mencionar no parágrafo 4º do mesmo artigo que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, o que confirma a vontade do legislador constituinte em qualificar de forma nítida a característica principiológica da moralidade administrativa.

Há também menção à improbidade administrativa no artigo 15, V, CF/88, ao se permitir a cassação de direitos políticos em caso de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º. Por esta norma, evidencia-se a natureza sancionatória específica com a qual se preocupou o legislador constituinte em relação à prática de atos que não se coadunam com uma moralidade administrativa em sentido estrito.

O art. 5º, LXXIII, CF/88, amplia a possibilidade de ação popular para os casos em que houver ofensa à moralidade administrativa, nos seguintes termos:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 152 e 153.

cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo nosso).

O art. 14, §9º, CF/88 nos traz que:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a **probidade administrativa**, a **moralidade para exercício de mandato** considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (grifo nosso).

Também aqui resta bem comprovada a relevância atribuída à moralidade pela ordem constitucional brasileira e que deverá ser observada na produção legislativa infraconstitucional que verse sobre este assunto.

A lei que trata dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950) estabelece no Capítulo V, DOS CRIMES CONTRA A PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO, em seu art. 9º, os crimes de responsabilidade contra a probidade da administração, no qual, em sete itens, a lei resguarda uma série de interesses da administração no que se refere a condutas de caráter eminentemente moral.

A Lei nº 8.429/92 define os atos que resultam em improbidade administrativa, elencando três modalidades: os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Nesse sentido, pode-se constatar que a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) introduziu no âmbito do direito positivo brasileiro a possibilidade de punição de atos que sejam contra a moralidade, ao especificar que serão punidos os atos que atentem contra os princípios da administração pública, no qual se insere o princípio da moralidade administrativa. Referida previsão normativa veio ao encontro do disposto no artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, prevendo que será punida com demissão a conduta praticada por servidor público, se tipificada como improbidade administrativa.

O artigo 2º da lei 9.784/99 prevê literalmente o princípio da moralidade, dentre outros, como de observância obrigatória, exigindo em seu parágrafo único, inciso IV, “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

1.12 Moralidade e probidade administrativa

Conforme pudemos constatar pela forma como o tema da moralidade é tratado no direito brasileiro, no início as sanções para a improbidade eram previstas somente para os agentes políticos que cometessem os crimes de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079/1950, sendo que os demais eram punidos apenas nos casos de enriquecimento ilícito. Com o advento da CF/88 e a inclusão do princípio da moralidade administrativa no rol dos princípios regentes da administração pública, o tema da improbidade administrativa ganha maior relevo, não só ao ampliar a possibilidade de incidência na pessoa daqueles que de alguma forma exercem algum cargo público, mas também com o alargamento das sanções previstas para atos considerados ímprobos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comparar a moralidade com a probidade, afirma que:

[...] como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro.⁹⁸

Odete Medauar, ao conceituar a probidade administrativa, informa que:

A probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa. Na linguagem comum, probidade equivale a honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão. A improbidade administrativa tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe em enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público.⁹⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que a improbidade administrativa tratada como ato ilícito não se confunde com o conceito de imoralidade no sentido genérico anteriormente apresentado. Na espécie, a improbidade tratada nos termos da Lei nº 8.429/92 tem um sentido mais amplo e preciso, abrangendo não somente os atos desonestos ou imorais, mas também atos ilegais, considerando que a lei estipula tais atos praticados em desacordo com a moralidade como atos de origem ilegal, dentre outros que são considerados atos de improbidade administrativa.

Em relação aos efeitos que irradiam da interpretação da lei de improbidade administrativa, no que diz respeito ao sujeito ativo, citamos lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que considera agente público, nos termos do art. 2º da referida lei, todo

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 818.

⁹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 1ª edição em e-book baseada na 17ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, item 7.6.

aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo emprego ou função nas entidades arroladas no art. 1º, informando ainda acerca da abrangência ampliada deste último artigo.¹⁰⁰

Ainda, para Marcelo Figueiredo em sua obra *Proibidade Administrativa*, ao tratar dos comentários ao artigo 1º da Lei nº 8.429/92, no tocante aos sujeitos ativos da improbidade administrativa, ressalta: em que pese o fato de haver uma série de prerrogativas aos parlamentares, nos termos dos artigos 53 e seguintes da CF/88, e apesar dessas prerrogativas dizerem respeito à impossibilidade de processamentos dos membros da casa sem a anuência dos seus pares mediante prévia licença, ressalte-se que tal impossibilidade diz respeito tão somente ao processo criminal, não havendo impedimento de processamento por improbidade administrativa nos termos da lei.¹⁰¹

1.13 Corrupção e administração pública

Conforme demonstrado no Capítulo 1, o fenômeno da corrupção pode ser abordado de diversas formas a depender do corte metodológico que se pretende realizar. Neste estudo, a proposta é justamente pensar a corrupção como produto do processo de modernização das sociedades, fazendo sentido a partir de uma clara distinção entre o público e o privado, circunscrevendo o fenômeno na atualidade histórica e não como resultado da natureza humana.

1.13.1 A questão do bem jurídico no crime de corrupção

A adoção na doutrina nacional do conceito de bem jurídico como sendo o núcleo protetivo com o qual se preocupa o direito penal é polêmica. Na Alemanha, os posicionamentos se dividem entre os que, como Claus Roxin, utilizam-se deste conceito e aqueles que não o admitem como Jackobs. Luís Greco,¹⁰² ao elaborar uma conceituação mais precisa de bem jurídico, divide o tema em dois momentos distintos, um de cunho

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 882.

¹⁰¹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 46.

¹⁰² GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 92-93, jul./ago. 2004.

dogmático, inerente a toda norma, considerando que sempre haverá um bem jurídico protegido por uma determinada norma, estando esta possibilidade a disposição do legislador competente para a realização de tal fato, este seria o conceito mais corrente e que nos traz uma primeira aproximação com o tema. No entanto, o autor nos conduz a uma segunda possibilidade que seria uma conceituação político-criminal de bem jurídico, permitindo que haja um questionamento acerca do poder punitivo estatal a partir da delimitação do tema sob esta perspectiva.

Na defesa de um conceito político-criminal para o bem jurídico, a mais forte fundamentação encontra respaldo segundo um conceito constitucional de bem jurídico, mas que logo de início esbarra no caráter aberto e impreciso das constituições, ou seja, como defender uma ideia de que existe a possibilidade de estabelecer um conceito político-criminal de bem jurídico, conceito este que limitará a atuação legislativa na produção de normas, baseando-se em uma origem constitucionalmente estabelecida se as constituições, sobretudo no caso da Constituição brasileira, são dotadas de caráter aberto e impreciso? Como garantir o estabelecimento de limites bem definidos e precisos para a elaboração de leis?

Luís Greco entende que existe esta possibilidade na medida em que a Constituição poderia limitar a atuação do legislador em face de qualquer tentativa que buscasse atingir valores constitucionalmente protegidos e logo em seguida nos apresenta um segundo questionamento que se faz contra a adoção de uma fundamentação constitucional para um conceito político-criminal de bem jurídico, qual seja: se, conforme mencionado, afasta-se a possibilidade de tutela penal por parte do legislador, sempre que este aproximar-se da ofensa de valores constitucionalmente protegidos, não seria dispensável o conceito de bem jurídico para esta finalidade, já que em princípio bastaria o manejo de valores constitucionais para que se chegasse ao mesmo fim? A este respeito, Luís Greco informa que existe a necessidade de um conceito distinto para o bem jurídico penal, pois considera que além de estar conforme os preceitos constitucionais, também deve-se levar em consideração que nem tudo o que é inserido no conteúdo da Constituição poderá ser tutelado pelo Direito Penal, que possui uma esfera mais limitada que a primeira. Apesar das várias denominações conferidas pela doutrina na conceituação de bem jurídico, Luís Greco se atém a três questões de caráter fundamental para finalmente delimitar um conceito de bem jurídico, seriam essas questões: a primeira é a que garante o caráter fundamental e relevante da entidade que se busca proteger para alguém; a segunda seria

uma opção pela chamada concepção dualista, que atribui a relevância do bem jurídico tanto para os indivíduos considerados isoladamente, quanto para uma coletividade; e o último questionamento que se faz diz respeito ao fato de se aceitar o bem jurídico como entidade meramente ideal ou como uma realidade fática, nesse sentido, Luís Greco¹⁰³ segue o conceito de bem jurídico como realidade, posição defendida entre nós por Juarez Tavares¹⁰⁴:

Sob a visão da necessidade de participação de todos nos destinos e nos objetivos do Estado, a conduta proibida deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal neutra e formal. O legislador, ao proibir ou determinar condutas, não pode deixar de tomar em atenção que essas condutas são produto de seres humanos, inseridos socialmente em condições reais de motivação e formação, e que tanto a proibição como a determinação só terão sentido se objetivarem impedir uma lesão concreta de bem jurídico.

Por fim, após estabelecer os devidos parâmetros sem os quais a discussão em torno de um conceito para bem jurídico restaria esvaziado de conteúdo capaz de distinguir uma conceituação de outra, Luís Greco baseia-se nesses parâmetros, informando que “bens jurídicos seriam, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”¹⁰⁵.

Admite-se, portanto, ao menos em regra, a necessidade de haver um bem jurídico a ser tutelado para que se legitime uma incriminação, algumas exceções são apontadas por Claus Roxin que, por exemplo, aceita esta possibilidade como no caso do crime de maus tratos a animais, crime desprovido de agressão a bem jurídico penal.

Sobre a possibilidade de se adotar pseudobens jurídicos como se bens jurídicos efetivos fossem, para este estudo não há que se fazer confusão no que diz respeito aos crimes de corrupção, uma vez que a probidade da Administração Pública não é composta pelo conjunto individualizado de relações, mas é uma realidade que diz respeito a todos independentemente da condição em que se encontram e sem a possibilidade de divisão.

A doutrina italiana, segundo Luís Greco, é a principal fonte de inspiração nacional para aqueles que aderem a tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, por haver lesão ao princípio da lesividade ou da ofensividade.

¹⁰³ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p.106, jul./ago. 2004.

¹⁰⁴ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. especial de lançamento, p. 79, dez. 1992.

¹⁰⁵ GRECO, Luís. Op. cit., p. 107.

1.13.2 Fatores relacionados à estrutura organizacional da Administração Pública e que contribuem para a proliferação da corrupção

Entre os fatores causadores da corrupção administrativa podemos citar os relacionados à estrutura organizacional e de funcionamento da administração pública (lentidão, mal funcionamento e déficit organizacional). Francesco Cingari elenca ao menos três fatores que saltam aos olhos quando nos referimos a este tema.

O primeiro seria o fato de que nos altos escalões do governo, salvo raras exceções, os chefes das principais pastas não têm a obrigação de serem provenientes das carreiras que irão chefiar, razão pela qual aponta-se como medida de reforço institucional a garantia de nomeação para o cargo de Secretário da Receita Federal por Auditor Fiscal integrante da carreira de auditoria, o que não se verifica atualmente. O vínculo político que esses nomeados mantêm com o representante que os nomeou não possibilita a desejada independência funcional e também não estabelece o devido vínculo profissional com seus subordinados.

O segundo seria em relação às situações de conflitos de interesse dos agentes públicos, nas quais o pagamento de propina pode provocar a produção de um ato em tese legal, quando emanado de uma autoridade competente, mas que não representa o real interesse estatal.

O terceiro fator diz respeito à lentidão do aparato administrativo da administração pública. A ineficiência técnica e operacional, tanto em termos de capacidade técnica do corpo funcional quanto em relação ao aparelhamento material e tecnológico da administração pública, facilita a proliferação dos atos de corrupção uma vez que a lentidão burocrática não é capaz de acompanhar o ritmo acelerado das constantes mudanças verificadas no seio das instituições privadas. Ao menos em um sentido observa-se com satisfação o requisito do concurso público para a admissão de funcionários para a administração pública, ainda que longe de um modelo ideal e apesar da devida seleção no momento do ingresso, o que se verifica, em verdade, é que esta não é acompanhada da manutenção da excelência técnica do material humano ingressante.¹⁰⁶

Em síntese, o mal funcionamento da administração pública é terreno fértil para a proliferação da corrupção. Ainda neste trabalho, veremos o caso do Chile que logrou êxito

¹⁰⁶ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 20.

na redução dos índices de mensuração da corrupção a partir da melhoria do funcionamento de sua administração pública. Sabendo de antemão os passos a serem seguidos e obedecidos, os prazos e todas os dados e informações a serem aplicados em um determinado procedimento administrativo de forma transparente e célere, torna-se difícil ceder espaço para o comércio clandestino subsidiado pelo pagamento de propinas.

Em todo caso, não será o excesso de normatização da atividade administrativa a solução deste problema. A redução da discricionariedade administrativa cedendo espaço a uma atividade tão vinculada o quanto possível pode, pelo contrário, provocar o engessamento da atividade administrativa pela via do aspecto da manutenção da legalidade dos atos e, com isso, aumentar ainda mais o preço que se deve pagar pela celeridade das atividades a serem praticadas pelo poder público. Este raciocínio foi mencionado por Carlo Marzuoli ao afirmar que:

Por outro lado, nem mesmo o caráter vinculado da atividade é um remédio seguro; pode tornar o fenômeno corruptivo mais elaborado, mas pode também servir para melhor ocultá-lo através de uma regularidade que, por ser puramente cartular e formal, faz surgir frequentemente um obstáculo insuperável (contra o propósito) ao conhecimento (não dos papéis, mas) dos fatos.¹⁰⁷

Controles internos e externos inadequados também se situam no âmago da proliferação da corrupção. Controles internos excessivamente formais e que se ocupam única e exclusivamente da verificação do aspecto formal da legalidade dos atos praticados são limitados e escondem o verdadeiro aspecto negocial envolvido por trás do ato aparentemente praticado sob o manto de uma legalidade estritamente formal, quando o que deveria ser efetivamente verificado pelo sistema de controle seria a adequação desses atos aos verdadeiros interesses do estado, o que se verifica apenas mediante implementação de um controle interno sofisticado e capaz de atribuir a devida concretude às suas aferições.

No que diz respeito às formas de controle externo, estas serão estudadas com maior profundidade em capítulo específico, mas registre-se que sua efetividade, principalmente no controle exercido pela própria sociedade, considerado mais difuso quando comparado aos demais, depende principalmente do grau de transparência das instituições que se desejam fiscalizar. O Brasil tem demonstrado alguns avanços neste quesito, como por exemplo citamos a Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a

¹⁰⁷ MARZUOLI, Carlo. Fenomeni corrutivi e pubblica amministrazione: più discipline, un único obiettivo. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 4, tradução nossa.

informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

1.13.3 Contribuição de outros atores na disseminação da corrupção

Existem, no entanto, alguns fatores que contribuem para o desenvolvimento da corrupção e que ficam a cargo das empresas e dos agentes envolvidos no sistema produtivo econômico. Na Itália, o Decreto Legislativo nº 231 de 2001, disciplina a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, das sociedades e associações mesmo sem personalidade jurídica, também válido para os delitos de corrupção e concussão. No Brasil, apenas recentemente entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014 a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, é a chamada Lei Anticorrupção que possibilitará a punição de empresas por atos de corrupção. Ainda pendente de regulamentação, futuramente as empresas deverão criar uma área interna responsável pelo controle dos atos de corrupção que possam ser praticados por seus funcionários.

Antes do advento da Lei Anticorrupção a empresa alegava que o ato havia sido praticado isoladamente por um dos seus funcionários e na prática o que se verificava era tão somente a punição do servidor público envolvido mediante apuração em processo administrativo disciplinar a cargo do órgão público responsável pela apuração da denúncia. A partir de agora, nos termos do artigo 6º da referida lei, a responsabilização administrativa poderá ser aplicada segundo uma multa em percentual que varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e que nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Caso não seja possível estimar o faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Além disso cabem outras sanções incluindo o fechamento da empresa envolvida. A forma de responsabilização inaugurado pela lei brasileira é do tipo objetiva e independe da comprovação de culpa ou dolo por parte da empresa.

A lei ainda estipula que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica que serão levados em

consideração no momento de aplicação das sanções cabíveis, o que sugere a criação de um setor específico nas empresas com a finalidade de fiscalização interna e preocupação com a disseminação da ética empresarial, hoje o mercado chama de *compliance* (conformidade) este setor. A OCDE mantém guias especificamente elaborados para serem utilizados nas empresas, nesse sentido a legislação nacional está se adequando ao que já se encontra em vigor principalmente nos países signatários da OCDE. Essas medidas visam impedir a ocorrência de denúncias de corrupção como a que foi recentemente noticiada envolvendo o Governo do Estado de São Paulo e a empresa Alston e também a Siemens.

As primeiras reações ao texto da lei foram lançadas no sentido de contestar a constitucionalidade do dispositivo normativo tendo em vista que considera a responsabilidade objetiva da empresa pelos atos praticados por seus funcionários independentemente do conhecimento ou não da cúpula empresarial acerca do fato denunciado, e mesmo nos casos em que a empresa tenha se diligenciado no sentido de promover um setor de *compliance* com elaboração de um código de conduta ética e mesmo que contribua com o andamento das investigações. O fato é que há muita expectativa das empresas em relação ao desdobramento das consequências a partir do momento em que a lei for efetivamente regulamentada e aplicada.¹⁰⁸

As empresas dispõem de uma ampla gama de possibilidades que influenciam na disseminação da corrupção no seio da administração pública, seja por ação das forças inerentes à lógica do lucro empresarial e que muitas vezes se sobrepõe a uma lógica ética ou mesmo a partir da complexa estrutura das grandes corporações que dissipam entre seus inúmeros centros de decisão a responsabilidade única pela prática de um ato de corrupção considerado isoladamente. Acrescente-se o fato de que mesmo com o advento de uma série de privatizações nos setores destinados à prestação de serviços públicos, o Estado ainda detém o controle e a fiscalização dessas atividades que, não raras vezes, são executadas por empresas tão ineficientes quanto.

¹⁰⁸ GASPARIN, Gabriela. Lei anticorrupção entra em vigor nesta quarta à espera de regras. (2014). Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/01/lei-anticorruptao-entra-em-vigor-nesta-quarta-espera-de-regras.html>>. Acesso em: 31.01.2014.

2 A ITÁLIA E A EXPERIÊNCIA DA OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS (MANI PULITE), NO BRASIL A LAVA JATO

2.1 Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas)

São muitas as semelhanças que observamos entre a Itália e o Brasil quando o assunto é corrupção. Além da influência trazida por imigrantes, verificamos profundas coincidências na cultura política, na utilização do cargo público para enriquecimento ilícito e direcionado, além da falta de distinção clara entre o público e o privado.

Longe de representar um corte capaz de estancar as infinitas práticas corruptivas culturalmente disseminadas em um ambiente descrente e já contaminado por uma corrupção sistêmica, há de se considerar como dignas de nota essas duas operações de combate à corrupção ocorridas primeiro na Itália e depois no Brasil. Trata-se da Operação *Mani Pulite*, em português, Mãos Limpas, e a Operação Lava Jato, respectivamente.

As duas operações visaram atingir o núcleo rígido de um sistema corrupto elaborado para sustentar no poder e na direção do governo grandes partidos políticos em aliança com setores empresariais e econômicos relevantes, sendo que no caso italiano existe ainda a Máfia como elemento agravante nessa rede de trocas e concessões de favores. O cenário desenhado possui como participantes, tanto no caso italiano como no brasileiro, a elite política e econômica desses dois países, além de uma criminalidade organizada e estruturada, sempre subsidiados por uma rede de comunicação em que todos são informados dos seus interesses e daí partem as mais diversas negociações em troca de vantagens.

Também, tanto em um caso como no outro, a magnitude dessas duas operações colocou em risco a própria estrutura do Estado, a democracia foi seriamente abalada. Na Itália, mais de quatro mil comunicações judiciais foram expedidas, além de centenas de prisões efetuadas. E no Brasil não foi muito diferente disso, confirmou-se o *impeachment* do segundo Presidente após a democratização do país e a Operação Lava Jato, até o presente momento, desdobra-se em trinta e quatro fases e foi prorrogada até setembro de 2017.

Em seu artigo sobre a Operação Mãos Limpas, o juiz Sergio Moro menciona que dois anos após sua deflagração a operação já havia expedido 2.993 mandados de prisão, 6.059 pessoas estavam sob investigação (sendo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros). O artigo é

de 2004, doze anos atrás; logo, os números hoje já são outros, considerando que também na Itália o processo penal é lento e moroso. Ainda, dez suspeitos cometeram suicídio e o magnata da mídia, Silvio Berlusconi, ocupou por anos o cargo de primeiro-ministro da Itália, o que contribui para um discurso mais crítico acerca da efetividade da operação que, contudo, não encontra precedentes na história política contemporânea já que seus números falam por si.¹⁰⁹

O que se percebe a partir do estudo comparado entre o caso brasileiro e o italiano é que se confirma a indicação¹¹⁰ de que a vontade política, apesar de fundamental no combate à corrupção, não deixa de lado a possibilidade real de que um arranjo institucional dos órgãos ligados aos sistemas de justiça, devidamente orquestrado para esse fim, possa ingressar no combate de forma igualmente eficiente.

Outras semelhanças e diferenças podem ser apontadas entre os dois países, auxiliando ou dificultando a atuação dos órgãos encarregados do combate à corrupção. O próprio federalismo brasileiro poderia representar um óbice a uma atuação estatal mais contundente, na medida em que se procura respeitar as competências das esferas estaduais e da federal. Já na Itália, por ser um estado unitário, tal dificuldade não existe, considerando que o Ministério Público é único e não comporta repartição de competências internas, salvo nos casos de organização judiciária interna dependendo das especializações. Apenas a título de esclarecimento, na Itália, o Ministério Público integra a carreira do judiciário, não sendo um “poder” independente como no caso do Brasil; o termo magistrado pode ser utilizado para designar tanto Procuradores da República quanto Juizes.

Este capítulo descreverá o que ocorreu na Itália por ocasião da Operação Mãos Limpas e quais foram suas consequências para o combate à corrupção naquele país e, posteriormente, será evidenciado de que forma influenciou a Operação Lava Jato com o que dela se espera, posto que ainda não foi encerrada.

2.2 Operação Mãos Limpas e a influência da Máfia

De origem incerta e duvidosa, o termo máfia é utilizado comumente para designar qualquer estrutura criminosa. Fala-se muito em máfia russa, japonesa, chinesa, italiana etc.

¹⁰⁹ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite, *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 57, jul./set. 2004.

¹¹⁰ DEL ROIO, José Luiz. *Itália: Operação Mãos Limpas – E no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993, p. 16.

Oriunda da Sicília, a máfia surge, segundo vários autores, inclusive para o estudioso alemão Henner Hess, a partir de um sistema denominado *gabellano* qual figuravam três atores: o nobre, proprietário de terras, mas que atraído pelas cidades deixa suas terras no campo para que um arrendatário (*gabelloto*) pudesse explorar a força de trabalho dos camponeses em busca de lucro. Os *gabelloti* submetem os camponeses a um regime de exploração utilizando-se de capangas, torturadores e usando de violência, fazendo o mesmo com os nobres para que não deixassem de continuar arrendando suas terras. Seria essa a célula originária da máfia siciliana.¹¹¹

Ao regimentar os camponeses no decorrer do processo de unificação italiana, Giuseppe Garibaldi, líder revolucionário que possibilitou a unificação italiana, esperava a realização do projeto de melhoria nas condições de vida dos sulistas, o que se frustra na medida em que o setor industrial do norte do país elabora uma aliança com os latifundiários do setor meridional.

A manutenção das distorções, seja econômica e a reboque social entre o sul e o norte do país, ao longo do processo de formação histórica da recente unificação italiana propiciará o desenvolvimento de uma estrutura organizacional ilegal, a Máfia, com a tendência de substituição do governo instituído, já que o sentimento de exclusão social observado pelo sulista fará com que haja uma maior aproximação justamente com aquele que de forma, na maioria das vezes grosseira, apareça para lhe oferecer a proteção e a subsistência que o Estado deixa de suprir. É na figura do “padrinho” que o cidadão comum se apegará. Contudo, a Máfia se impõe mediante um sistema de respeito social baseado na opressão e na violência, apesar dos limites observados de acordo com um verdadeiro código de honra instituído pelos mafiosos, em que, por exemplo, proíbe-se a violência contra mulheres e crianças, dentre outras vedações.

O sistema hierárquico mafioso possibilita que um simples camponês possa chegar a assumir o papel de um grande mafioso. Para tanto, basta que obtenha gradativamente o devido respeito social num determinado espaço. Na medida em que vai sendo reconhecido, este passaria a prestar favores a mafiosos mais graduados e assim por diante. Ao escapar das punições do sistema legal instituído, seja porque foi inteligente o suficiente para não deixar provas do crime cometido, ou ainda porque corrompeu a autoridade encarregada da investigação com propinas ou ameaças, traça seu rumo em direção ao topo da pirâmide hierárquica mafiosa, ciclo que se completa quando adquire condições de dominar algum

¹¹¹ DEL ROIO, José Luiz. *Itália: Operação Mãos Limpas – E no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993, p. 25- 29.

setor econômico específico e relevante até mesmo para o balanço da economia nacional (controle do fornecimento de água, comércio, pecuária, construção civil, dentre outros ramos da economia).

Na medida em que adquire sua importância pelo fato de ser mantenedora da paz social, a Máfia passa a ser tolerada pela classe dominante que também dependerá dela para eleger seus representantes no parlamento por meio do controle do voto. Este quadro se modifica com o Fascismo, já que o advento de um estado autoritário e repressivo impõe à Máfia uma nova ordem, pois não terá o poder do controle do voto, além de sofrer diretamente perseguição por parte do Estado. No final dos anos 20, a Máfia entra em estado de letargia, passando a irradiar seus domínios para os Estados Unidos.

Entre 1876 e 1973, cinco milhões de italianos do sul rumaram para os Estados Unidos como forma de buscar melhores condições de vida, já que o crescimento demográfico desordenado e a desigualdade social entre o norte e o sul da Itália acentuavam o aumento do fluxo imigratório.

O imigrante italiano nos Estados Unidos servia para os trabalhos mais pesados, era predominantemente do sexo masculino e encontrava condições desfavoráveis de subsistência quando comparado aos demais imigrantes ingleses, irlandeses, alemães, etc. Os grupos de sicilianos passam então a formar uma subdivisão em grupos a partir da comunidade de origem com ligações entre esses grupos. O sentimento em cada subgrupo era o de uma verdadeira família, e assim aflora a prática do que já se fazia na Itália, onde o indivíduo astuto, conhecedor das práticas mafiosas, oprimindo e oferecendo proteção, passa a se apoderar de setores economicamente rentáveis como corridas de cavalos, controle de bebidas alcóolicas, exploração da prostituição, influenciando os sindicatos, as docas e até mesmo afetando a política local.

Após a quebra da bolsa de Nova Iorque, a crise econômica aumentou o controle de diversas atividades, sobretudo daquelas das quais a Máfia se ocupava, o que faz com que o valor agregado dos seus produtos e serviços ficasse mais caro, ou seja, os anos 30 representaram um período de forte prosperidade da Máfia nos Estados Unidos, surgindo o nome de figuras como Al Capone e Salvatore Lucania (Luck Luciano).

José Luiz del Roio¹¹² detalha de que forma a Máfia siciliana se promove para sair de estado de letargia na qual se encontrava desde o advento do regime Fascista até seu retorno como força paraestatal predominante no sul da Itália.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o mafioso Luck Luciano se encontra preso em Nova Iorque cumprindo pena de quarenta anos. O serviço secreto dos Estados Unidos procura Luck Luciano e com ele negocia sua liberdade em troca de apontar eventuais espões nazi-fascistas nos portos. Após ocupar o norte da África, os Estados Unidos decidem entrar na Sicília e um novo acordo é celebrado no qual agora o mafioso deveria fornecer informações sobre o local, além de criar uma rede de colaboradores para que fosse facilitado o desembarque no local. No dia 9 de julho de 1943, os aliados desembarcam na Sicília e, com eles, Luck Luciano. O exército ítalo-alemão é derrotado, os mafiosos presos são postos em liberdade com a patente de antifascistas e alguns são nomeados para cargos políticos importantes.

Rapidamente, os mafiosos retomam o controle da economia sulista, o que não passa despercebido pelos militares norte-americanos que informam ao seu Departamento de Estado as consequências desta grave escalada, propondo: uma ação direta contra a Máfia, uma trégua negociada, ou deixar de realizar qualquer tipo de controle; sendo esta última a opção mais simples mas também a que entregaria a Sicília ao controle dos mafiosos por um longo período de tempo. No entanto, foi a opção que prevaleceu já que o contato com os mafiosos seria interessante para os Estados Unidos em relação ao combate do comunismo.

A partir do pós-guerra, a Máfia passa por um período de expansão ascendente e a contar com considerável base territorial, ligações com mafiosos norte-americanos, força intimidatória baseada em violência e ameaças além de enormes quantias de capital. Na década de 70, dá um enorme salto ao assumir uma fatia considerável do controle mundial de drogas. A partir de então, a “Cosa Nostra” entra no mercado clandestino de armas, adquirindo propriedades e empreendimentos espalhados por todo o mundo, passando a influenciar o mercado financeiro internacional.

Ao se tornar uma das maiores empresas capitalistas existentes, a Máfia passa a depender de um aparato tecnológico e de gestão muito mais sofisticado e elaborado que o de outrora, acirrando a disputa entre as famílias tradicionais e propiciando o apogeu de novas famílias que, como a dos Corleoneses, evoluíram no sentido de abandonar tradições

¹¹² DEL ROIO, José Luiz. *Itália: Operação Mãos Limpas – E no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993, p. 34.

consideradas arcaicas para a nova realidade que se impunha como, por exemplo, os pactos baseados na honra e códigos de conduta como a proibição da prática de violência contra mulheres e crianças, o que passou a ser realizado pelos membros das famílias em ascensão.

2.3 A evolução da Máfia – uma história recente

A escalada da violência proporcionada pelos chefões da Máfia enfrenta, a partir de 1979, um levante de vozes oriundas de diversos setores influentes da sociedade italiana. São parlamentares, sindicalistas, juízes e todos aqueles que se destacam por serem formadores de opinião, já que não mais morriam apenas cidadãos comuns mas sim alguns notáveis da sociedade italiana. Alguns exemplos são: o secretário regional da Democracia Cristã, Michele Reina, o vice-chefe da polícia, Boris Giuliano, o juiz e deputado da esquerda independente, Cesare Terranova, o presidente da região, governador Piersanti Mattarella, o deputado e secretário regional do Partido Comunista, Pio La Torre.

Em 1982, foi enviado para Palermo o prestigiado general Carlos Alberto Dalla Chiesa, que, isolado pela falta de colaboradores e abandonado pelo governo em Roma, morre assassinado a tiros juntamente com sua mulher e o guarda-costas. O juiz Rocco Chinnici, que investigava este conjunto de massacres, elabora a tese de que além da assembleia de chefões da Máfia havia um terceiro nível hierárquico na estrutura da Máfia, composto por homens poderosos que decidem as diretrizes básicas da organização, além de manterem contato mais próximo da classe política em nível nacional e internacional, além de lojas maçônicas e organizações terroristas de extrema direita. Em 29 de julho de 1983, o juiz Chinnici e seus guarda-costas são assassinados em uma explosão, permanecendo vivo um importante colaborador, Giovanni Falcone.

2.4 Mani Pulite se aproxima

Do rol de pessoas investigadas em Palermo e conhecidas por sua notoriedade, chamaram atenção o promotor público geral, o deputado Salvo Lima, chefe siciliano da linha partidária de Giulio Andreotti e o próprio Andreotti.

Surge um divisor de águas que mudaria o rumo das investigações em face do combate às organizações mafiosas: Tomasso Buscetta. Pertencente a um dos clãs que entraram em conflito na disputa pelo poder contra os corleoneses, Buscetta é preso no

Brasil em 1983. Por ter perdido toda sua família na guerra da Máfia, ele decide colaborar com as investigações e contar tudo o que sabe sobre o *modus operandi* das organizações mafiosas da Itália.

A partir da atitude de colaboração de Buscetta, muitos outros integrantes da Máfia, como que num efeito cascata, resolveram colaborar com seus depoimentos, dando início ao chamado maxiprocesso de Palermo, condenando cerca de 400 pessoas. No entanto, curiosamente, Buscetta se nega a reconhecer que houvesse um terceiro nível na organização ligando a classe política às atividades criminosas dos grupos mafiosos.

Em março de 1992, Salvo Lima (proconsul de Giulio Andreotti) foi assassinado. Andreotti era considerado o homem mais poderoso da Sicília e também como sendo o elo entre a Máfia e a classe política. Essa ameaça de quebra na estrutura da organização faz com que Giovanni Falcone e Paolo Borsellino intensifiquem as investigações unindo indícios tendentes a desenhar o esquema que interligava as diversas forças em ação tanto no plano nacional como também em nível internacional.

2.5 A operação Mani Pulite é deflagrada

Em 1991, o magistrado Giovanni Falcone enfrentava a Máfia e a criminalidade organizada em frentes de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro na cidade de Palermo. Neste mesmo ano, tornava-se lei na Itália a Convenção de Strasburgo de assistência judiciária, ou seja, se antes os países que combatiam a criminalidade organizada encontravam dificuldades para rastrear o dinheiro sujo que circulava livremente pelo mundo, agora precisavam de uma adaptação no intuito de cumprir os requisitos da convenção internacional.

A convenção de Strasburgo introduz no ordenamento a possibilidade de os países signatários trocarem entre si diretamente pedidos de cartas rogatórias em regime de urgência, ou seja, sem o trâmite político, moroso e regular, qual seja, aquele no qual um magistrado deveria encaminhar o pedido ao Ministério de Justiça, que encaminhava ao Ministério de Relações Exteriores para consulta ao Chefe de Governo, para só então ingressar o pedido no país estrangeiro via embaixada, a partir de onde faria o percurso inverso depois de aceito. Além dessa medida, a convenção também possibilita que um magistrado envie a outro magistrado estrangeiro, mesmo via fax, um pedido para que tome

as medidas cautelares necessárias, prevenindo assim o investigado de um eventual sequestro de bens, por exemplo.¹¹³

No período de 8 a 12 de março de 1992, ocorreu em Amsterdã, Holanda, a Quinta Conferência Internacional Contra a Corrupção. Para muitos analistas, a Operação Mãos Limpas teria sido estimulada pelos efeitos da Conferência Contra a Corrupção de Amsterdã, principalmente porque o Parlamento Europeu (Strasbourg, França) teria recomendado uma série de medidas enérgicas contra agentes corruptos na Europa.¹¹⁴

Outra contribuição de cunho substancial e não processual foi a alteração promovida no artigo 648 bis do Código Penal Italiano em relação ao crime de lavagem de dinheiro.

Articolo 648 BIS

Riciclaggio

Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 5.000 a euro 25.000.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni.

Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.¹¹⁵

A atual redação foi alterada pelo artigo 4 da lei nº 328 de 9 de agosto de 1993. Esta nova formulação, que foi motivada pela Convenção em matéria de lavagem de dinheiro de Strasburgo de 8 de novembro de 1990, dentre outras alterações, permite que qualquer crime seja considerado antecedente para o cometimento do crime de lavagem de dinheiro.¹¹⁶

¹¹³ DI PIETRO, Antonio. *Intervista su Tangentopoli*. Giovanni Valentini (a cura di). Bari: Laterza, 2000, p. 20 e 21.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *A sociologia da corrupção*. In: _____. *Ciência Penal – Coletânea de estudos – Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 110.

¹¹⁵ Tradução Livre: “**Artigo 648 BIS -Lavagem de dinheiro**

Além de casos de concurso no crime, aquele que substitui ou transfere dinheiro, bens ou outros benefícios provenientes de um crime não culposo, ou realiza outras operações, a fim de evitar a identificação da sua origem criminosa, será punido com reclusão de quatro a doze anos e uma multa de 5.000 a 25.000 euros.

A pena é aumentada se o crime é cometido como parte de uma atividade profissional.

A pena é reduzida se o dinheiro, bens ou outros benefícios são provenientes de crime para o qual foi estabelecida pena inferior a no máximo cinco anos de reclusão.

Aplica-se o último parágrafo do artigo 648.”

¹¹⁶ CERQUA, Luigi Domenico. *Il delitto di riciclaggio nel sistema penale Italiano (I)*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Disponível em <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/097007032.pdf>>, p. 18. Acesso em 26/09/2016.

A recente informatização da administração pública foi outro fator, este de cunho extraprocessual, que contribuiu para um desenvolvimento mais célere das investigações, e mesmo assim a tecnologia que afluía em 1992 era muito inferior à que hoje temos acesso. No dizer de Gherardo Colombo, magistrado do *pool* de Mãos Limpas, os computadores tinham uma memória fixa de apenas 20 Mb, não havia *internet* e tampouco *Google* e *Wikipedia*, os celulares, que apenas faziam ligações, eram reservados a poucas pessoas, ainda se fotografava com filmes e não com fotos digitais e, mesmo sendo os meios utilizados para investigações mais limitados que os de hoje, foi possível desarticular o sistema vigente também com aquela evolução da informática.¹¹⁷

Mais tarde, em maio de 1992, em uma operação cirúrgica e precisa, Giovanni Falcone e sua esposa são brutalmente assassinados em uma explosão em seu automóvel blindado que seguia a 140 km/h em uma autoestrada próximo a Palermo.

Paolo Borsellino segue nas investigações após a morte de seu colega e, mesmo com um esquema de superproteção, sem que houvesse a mínima divulgação de sua rotina diária, em julho de 1992, um domingo, resolve, alterando de última hora o rumo de local para onde se deslocava, acompanhado dos seus policiais, fazer uma visita à sua mãe. Ao chegar à casa de sua mãe, desce do carro e se coloca de frente para a porta da casa, quando uma bomba explode destruindo a fachada de todos os prédios ao seu redor, matando o magistrado e alguns dos que faziam sua segurança. Provavelmente, havia alguém infiltrado na central de segurança que sempre recebia os comunicados de alteração de itinerários para reposicionar o sistema de segurança e, ao tomar conhecimento, comunicou aos mafiosos para que, agindo rapidamente, providenciassem o posicionamento das bombas e sua explosão.

A operação Mani Pulite já deflagrada desde 17 de fevereiro de 1992 se desenvolve derramando sangue de um lado e mandados de prisão do outro; a classe política acompanha o seu desenrolar em desespero. Em 1993 é preso, em um palacete no centro de Palermo, o homem considerado o chefe supremo da Máfia italiana e procurado há 26 anos, Totó Riina ou Totó *u curtu*, devido à sua baixa estatura, ou ainda, tio Totó. Nitto Santapaola, um dos prováveis sucessores de Totó é preso semanas depois em Catania.

Tommaso Buscetta, que até então se recusava em reconhecer um terceiro nível hierárquico na estrutura da Máfia, volta dos Estados Unidos disposto a falar sobre este terceiro nível. Eis que surge o nome, dentre outros, do senador vitalício Giulio Andreotti,

¹¹⁷ COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015, p. 9-10.

posteriormente comunicado judicialmente sob acusação de associação criminosa de tipo mafioso, em 27 de março de 1993.

Muitos outros aspectos e acontecimentos foram observados a partir da consideração da participação da Máfia, sobretudo na história recente italiana. Mesmo após a operação *Mani Pulite*, nada se pode afirmar sobre a continuidade ou não de uma atividade mafiosa em território italiano, principalmente em função da volatilidade com que a organização se desloca no território global, e pela própria dinâmica que se observa nas relações econômicas modernas. É digna de nota a preocupação que se deve ter mente em relação aos países do leste europeu que se tornam, até mesmo pela fragilidade econômica e social quando comparados aos demais países da Europa Ocidental, alvos prováveis da ação de organizações mafiosas.

Portanto, não se vislumbra um esgotamento dessas atividades de origem mafiosa sem que haja por parte dos estados um combate efetivo internacionalmente orquestrado visando abalar definitivamente suas estruturas e impedindo que proliferem em outros territórios desprovidos de prevenção e blindagem.

2.6 A história de *Tangentopoli* (Tangentópolis)

O termo tangente, conhecido da trigonometria, segundo o dicionário Aurélio é uma linha reta que toca um plano ou outra linha em um só ponto. No entanto, para os italianos, nas últimas décadas, o termo ganhou outro significado ao se aglutinar com o sufixo grego “polis” que quer dizer cidade, e assim dar significado a uma localidade específica, qual seja: Milão.

Milão serviu de palco para a deflagração e o conseqüente desdobramento da operação Mãos Limpas, a *tangente* (ou propina) era tudo aquilo que resvalava da finalidade do recurso a ser empregado, sendo desviado para beneficiar alguém. Era a propina paga, então *Tangentopoli* (Tangentópolis) seria a “cidade da propina”, pode-se traduzir o termo para o português como Propinópolis, já em inglês “*Bribesville*”.

O Procurador da República em Milão, Antonio di Pietro, publicou em setembro de 2000, uma entrevista¹¹⁸ na qual relata os fatos ocorridos em Tangentópolis. Ele recorda que, na verdade, mesmo antes do dia 17 de fevereiro de 1992 já tinha notícia de como funcionava o clientelismo político em vigor na cidade de Milão.

¹¹⁸ O que se percebe na Itália é que a operação Mãos Limpas é contada em sua grande parte por entrevistas concedidas pelos agentes envolvidos, sejam eles magistrados, políticos envolvidos, empresários ou mafiosos, as versões são muitas vezes contraditórias e os números inexatos.

Ele revela que no dia 16 de dezembro de 1985 (ano em que Di Pietro ingressa na Procuradoria de Milão), esteve com um homem doente por quem teria muito respeito, cuja identidade prefere não divulgar, mas que se tratava de pessoa de fora do palácio de justiça em Milão.

Apesar de não revelar nenhum caso concreto e nem apresentar prova apta a desencadear uma investigação, o informante, que na verdade tratava-se de um pequeno empresário frustrado por não lograr êxito em suas vendas, já que seus concorrentes sempre venciam o certame utilizando-se de algum tipo de manobra ilícita via pagamento de propina, revelou a Di Pietro todo o *modus operandi* do sistema político em Milão, ou seja, o que seria o clientelismo baseado em um relacionamento obscuro entre a administração pública e a classe empresarial. De posse dessa informação, inicia, por conta própria, uma série de investigações que sempre eram bloqueadas de alguma forma.¹¹⁹

As investigações eram levadas a efeito de forma individual não somente por Di Pietro, mas também por outros procuradores que mais tarde comporão o famoso *pool* de Milão, sediado no Palácio de Justiça e que ficará responsável pelas investigações da Operação Mãos Limpas. Um *pool*, neste caso, referia-se a um grupo de magistrados encarregados de um mesmo inquérito. Assim como houve o *pool* antimáfia, que se encarregou do maxiprocesso de Palermo, existiu também o *pool* das Mãos Limpas do qual faziam parte: Antonio Di Pietro, Gerardo D'Ambrosio, Francesco Saverino Borrelli, Ilda Boccassini, Gherardo Colombo, Piercamillo Davigo e Armando Spataro.

Di Pietro nos conta, ainda, detalhes estratégicos do nascimento da operação. Alguns, mesmo parecendo óbvios, deveriam fazer parte de um manual descritivo de como se constrói uma operação bem sucedida. Por exemplo, se antes os procuradores trabalhavam isolados, mesmo que entre eles não houvesse nenhum tipo de concorrência, percebeu-se, com a instalação do *pool*, que o grupo se complementava na medida em que cada procurador era detentor de uma técnica diversa de investigação, e que isso beneficiaria o grupo como um todo ao dispor de um leque de opções a serem utilizadas nesta ou naquela ocasião.¹²⁰ Apesar da composição heterogênea, o grupo assume autonomia própria, direcionado à execução da finalidade para a qual foi criado, nesse sentido, o Ministério Público Federal brasileiro reproduz a mesma estratégia por meio das

¹¹⁹ DI PIETRO, Antonio. *Intervista su Tangentopoli*. Giovanni Valentini (a cura di). Bari: Laterza, 2000, p. 6 e 7.

¹²⁰ DI PIETRO, Antonio. *Intervista su Tangentopoli*. Giovanni Valentini (a cura di). Bari: Laterza, 2000, p. 8 a 13.

forças-tarefas criadas para investigar grandes esquemas de corrupção como no caso da Lava Jato.

Reside aqui uma questão a ser notada sobre o papel do Ministério Público na Itália. Antes, o MP apenas controlava a atividade policial, contudo, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal a partir de 1990, o MP passa a ser considerado o chefe da polícia judiciária, coordenando diretamente o trabalho investigativo.

2.7 Finalmente Mani Pulite

O relato do que ocorreu na cidade de Milão no dia 17 de fevereiro de 1992, data que marca a deflagração da Operação *Mani Pulite*, não pode deixar de mencionar seu palco, o tradicional asilo para idosos Pio Albergo Trivulzio. E foi neste local que o Capitão dos *Carabinieri* e o magistrado Antonio Di Pietro, magistrado recém empossado e ex-policial oriundo de Molise, uma região pobre do sul, ao arrombarem a porta de um banheiro se deparam com uma cena inusitada. Era Mario Chiesa, então presidente do asilo e nomeado por Bettino Craxi, pego rasgando cédulas de dinheiro e jogando-as dentro da privada que entope, tamanho era o volume de papel que possuía em mãos. Segundo Sergio Moro, era cerca de sete mil liras ou quatro mil dólares, recebidos de uma companhia de limpeza. Na sequência, mais de quinze bilhões de liras teriam sido arrestadas em patrimônio de Mario Chiesa.¹²¹

Apesar de desejar ocupar um cargo político mais relevante no governo, Mario Chiesa aceita presidir o asilo. Ao ser pressionado por Bettino Craxi a conseguir mais dinheiro para o financiamento do Partido Socialista, Chiesa se vê na obrigação de estudar uma fórmula capaz de angariar fundos para o chefe do partido. Ao inventariar os bens do asilo, descobriu que existiam, no patrimônio do Trivulzio, vários imóveis e foi assim que se descobriu uma forma de alavancar financeiramente os resultados financeiros do asilo, por operações de compra, venda, permuta e aluguel de suas propriedades.

Contudo, apesar de satisfazer às necessidades iniciais do sistema, Chiesa sente a necessidade de obtenção de novas fontes de financiamento. Ele convoca os fornecedores do asilo, de alimentos, remédios e materiais de limpeza, dentre outros. Reunindo a massa de fornecedores, informa-os que se desejarem continuar fornecendo suas mercadorias e

¹²¹ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite, *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 58, jul./set. 2004.

serviços para o asilo deveriam pagar uma comissão, não importando que houvesse um aumento nos preços praticados, pois, em última análise, quem pagaria de fato por essa diferença seriam os contribuintes por meio de seus impostos. Esse era o quadro que se colocava, a corrupção em Milão chegara ao seu nível mais crítico possível, desafiando, de forma acintosa, a moral dos cidadãos e a honra das instituições governamentais responsáveis pelo controle da coisa pública.

Para a sorte do magistrado Antonio Di Pietro e de todo *pool* de magistrados sediado no Palácio de Justiça de Milão, um dos fornecedores, dono de uma pequena empresa de limpeza, procura Di Pietro e conta que Mario Chiesa exigiu do comerciante propina para que continuasse a trabalhar para o asilo. O comerciante é equipado com uma escuta e vai ao encontro de Chiesa com o dinheiro solicitado em mãos. Após a entrega, Di Pietro surge para efetuar o flagrante quando Mario Chiesa corre com o dinheiro para um dos banheiros para tentar se livrar da prova do delito. Ao fracassar em sua tentativa (a privada entupiu), é preso sem se pronunciar acerca do ocorrido. Decorrido pouco mais de um mês de sua prisão, sem nada acrescentar e sem o apoio do Partido Socialista, Chiesa decide contar o que sabe a Di Pietro. Fazia parte da estratégia do *pool* de investigadores de Milão utilizar ao máximo o tempo de custódia em prisão preventiva no intuito de gerar pressão sobre outros suspeitos, já que não tinham acesso ao que os colaboradores contavam, e nem mesmo se contavam, assim como aqueles que já haviam sido presos eram motivados a colaborar para que fossem colocados em liberdade, e também a falta de comunicação entre suspeitos proporcionada por seu encarceramento os impedia de formarem conluios baseados na prática do silêncio total para que ninguém fosse incriminado. Muitas críticas surgiram a partir dessa estratégia utilizada pelo judiciário italiano, sobre a não aceitação de um pacto entre o Estado e agentes criminosos e também de utilizar a prisão como instrumento coercitivo, mas isso será discutido quando for descrito o tópico sobre delação premiada.

Parte da estratégia dos magistrados de Milano foi positivamente influenciada por um outro fator relevante e que contribuiu para o sucesso da operação, que foi o uso da imprensa como instrumento de disseminação dos atos praticados pelos procuradores, os jornais impressos, como o *La Repubblica* e o *L'Espresso*, outrora pressionados pelo poder de manipulação do velho sistema político, agora traziam em suas páginas detalhes e informações úteis ao interesse público, contribuindo para a formação de opinião e mobilização popular, para desespero dos dirigentes corruptos.

A esta altura dos acontecimentos, no campo político, os partidos governistas, Democracia Cristã e Partido Socialista, pela primeira vez não atingem 50% das intenções de voto do Parlamento. Andreotti e Craxi veem suas candidaturas ameaçadas e tentam retardar o processo eleitoral, no entanto, a deflagração da Operação Mãos Limpas associada ao assassinato de Giovanni Falcone aceleram o feito quando então é eleito para chefe de Estado Oscar Luigi Scalfaro, restando a Andreotti e Craxi a disputa pela chefia de Governo. Andreotti se afasta dos holofotes deixando Craxi, mais ambicioso neste momento, sozinho nessa disputa.

Diante da insistência de Craxi para assumir o a chefia de Governo, este será advertido pelo presidente Scalfaro e em 28 de junho de 1992, Giuliano Amato (PSI) é nomeado para o cargo no intuito de acalmar os ânimos populares já que os ventos vindos do norte abalavam a estrutura política e empresarial italiana na medida em que vários políticos do alto escalão e empresários do setor industrial italiano eram convocados ou presos e, aos poucos, a partir do fio puxado no depoimento de Mario Chiesa, uma rede de corrupção ia se revelando, ultrapassando os limites da cidade de Milão, indo de norte a sul e de leste a oeste.

Um exemplo da abrangência da operação pode ser dado a partir do ocorrido em Abruzzo, região central da Itália. Em 30 de setembro de 1992, foram presos o governador e todos os secretários de governo. A operação comprovou que em todos os segmentos que movimentam o dia a dia de uma sociedade sempre havia um esquema de corrupção em que prestadores de serviços e fornecedores de mercadorias eram obrigados a pagar propina para que pudessem exercer suas atividades.¹²²

E os magistrados vão chegando ao topo da pirâmide, depois dos primeiros políticos caem também empresários do setor financeiro, dos bancos, das construtoras, empresas como a Pirelli, a Ferruzzi, a Olivetti têm seus sócios envolvidos em pagamento de propinas. Todos foram presos e encarcerados junto com criminosos ditos comuns; e a história se repete: depois de alguns meses começam a falar nominando outros notáveis do cenário político italiano.

O cerco ia se fechando aos poucos e após uma série de menções por práticas de corrupção e tráfico de influência, finalmente, em 17 de fevereiro de 1993, Silvano Larini, amigo de Craxi, relata a Di Pietro que seria ele o responsável por transportar as malas de dinheiro oriundo de propina para Bettino Craxi. Larini inclusive mencionou a existência de

¹²² DEL ROIO, José Luiz. *Itália: Operação Mãos Limpas – E no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993, p. 83.

uma conta em seu nome na Suíça aberta para receber 7 milhões de dólares e que uma parte seria entregue a Craxi, a outra parte para Claudio Martelli, que depois ocupou o cargo de Ministro da Justiça, sendo o depósito feito pelo banqueiro Roberto Calvi em troca de proteção do PSI.¹²³ Ainda, esta conta na Suíça já era de conhecimento do magistrado Gherardo Colombo, integrante do *pool*, ele havia descoberto a conta em papéis apreendidos de Lício Gelli, mestre fundador da Propaganda-2, ou P-2, da maçonaria.

Tornou-se famoso o discurso de Craxi no Parlamento italiano em 3 de julho de 1992, quando admitiu que o sistema de manutenção de grupos no poder político do país funcionava desde o início da República e que seu financiamento era irregular ou ilegal:

*E tuttavia, d'altra parte, ciò che bisogna dire, e che tutti sanno del resto, è che buona parte del finanziamento politico è irregolare o illegale. I partiti, specie quelli che contano su apparati grandi, medi o piccoli, giornali, attività propagandistiche, promozionali e associative, e con essi molte e varie strutture politiche operative, hanno ricorso e ricorrono all'uso di risorse aggiuntive in forma irregolare od illegale. Se gran parte di questa materia deve essere considerata materia puramente criminale, allora gran parte del sistema sarebbe un sistema criminale. Non credo che ci sia nessuno in quest'Aula, responsabile politico di organizzazioni importanti, che possa alzarsi e pronunciare un giuramento in senso contrario a quanto affermo: presto o tardi i fatti si incaricherebbero di dichiararlo spregiuro.*¹²⁴

Claudio Martelli se demite do Ministério da Justiça. Para Craxi não resta outra saída a não ser abandonar a secretaria do Partido Socialista Italiano depois de dezesseis anos e sete meses na função e assim o partido se desmonta. A quebra do sistema corrupto que sustentava a DC e o PSI no poder durante tanto tempo ficou nítida quando, nas eleições de 1994, esses partidos adquirem apenas 2,2% e 11,1% dos votos respectivamente.

A partir de dezembro de 1992, Craxi passa a receber vários avisos de garantia, com diversas imputações e, diante de tantas acusações, decide exilar-se na Tunísia, em 1994, onde falece no ano de 2000.

Giulio Andreotti vê seu amigo siciliano e braço direito, Salvo Lima, ser assassinado provavelmente pela Máfia, quando Gaspare Mutolo, um dos chefões, colabora com o juiz Paolo Borsellino em março de 1993, imputando a Andreotti o título de máxima referência

¹²³ Ibidem, p. 85.

¹²⁴ Tradução livre: “E ainda, de outro modo, o que precisa ser dito, e que todos já sabem, é que boa parte do financiamento político é irregular ou ilegal. Os partidos, especialmente aqueles que dependem de contribuições grandes, médias ou pequenas, jornais, atividades de propaganda, promocionais e associativas, e com essas e muitas e várias estruturas políticas operativas, tem recursos e recorrem ao uso de recursos adicionais de forma irregular e ilegal. Se grande parte desta matéria deve ser considerada matéria puramente criminal, então grande parte desse sistema seria um sistema criminal. Não creio que tenha nesta sala algum responsável político de importantes organizações, que possa se levantar e pronunciar um juramento em sentido contrário ao que eu afirmo: cedo ou tarde, os fatos se encarregarão de declará-lo perjúrio”.

política da Máfia por intermédio de Salvo Lima. Em 23 de março de 1993, o Senador vitalício Giulio Andreotti é investigado oficialmente por concussão em organização de tipo mafioso, no entanto, foi absolvido das acusações por falta de provas.

Em 22 de junho de 1993, um balanço da operação Mãos Limpas apresentado pelo procurador Gerardo D'Ambrosio considerou praticamente terminada a operação iniciando-se a fase dos processos. A rede de corrupção e o sistema no qual se baseia envolve diversos atores. Mais uma vez, cabe ressaltar o quão preparadas e equipadas devem se mostrar as autoridades encarregadas da investigação e persecução penal desses crimes.

Mecanismos ilícitos mediante pagamento de propinas financiavam a manutenção dos dois principais partidos no poder (Democracia Cristã e Partido Socialista Italiano). A corrupção afetou a economia italiana, desviando enormes quantias de dinheiro de sua finalidade social e representou uma ameaça para a democracia da jovem república.

Para se ter uma ideia do volume de dinheiro desperdiçado, segundo um estudo do Professor Franco Cassola, da Universidade de Florença, 10 bilhões de dólares foram consumidos anualmente com corrupção entre os anos de 1980 até 1991, ou seja, 120 bilhões de dólares neste período.¹²⁵ Sergio Moro cita o jornalista Giuseppe Turani, que estimou o custo da corrupção na Itália entre os anos de 1980 e 1990 na cifra de um trilhão de dólares.¹²⁶

O sucesso da operação, como um todo, sustentou-se em dois pilares bem definidos. Primeiro, em um judiciário que se mostrava independente para agir em prol da sociedade, combatendo a Máfia e a corrupção política, sobretudo. Formados nos anos sessenta, em um ambiente revolucionário e ávidos por maiores ganhos de cunho social, os juízes que ingressam na magistratura nas décadas de setenta e oitenta serão chamados de *pretori d'assalto* ou juízes de ataque, em função da postura ativa assumida diante da possibilidade de reduzir a injustiça social ou ainda combater a Máfia e a corrupção.

O outro pilar da operação, sem dúvida partiu da opinião pública que trouxe consigo uma legitimação do trabalho desenvolvido pelos magistrados.

Para Gherardo Colombo a particularidade da Operação Mãos Limpas está justamente de um lado na grande abrangência de tudo o que fora descoberto sob os

¹²⁵ DEL ROIO, José Luiz. *Itália: Operação Mãos Limpas – E no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993, p. 90.

¹²⁶ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite, *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 60, jul./set. 2004.

holofotes da investigação, e de outro, na excepcional ressonância midiática e popular que as descobertas proporcionaram.

Esse fator de divulgação por meio dos meios de comunicação acompanhado de intenso apoio popular foi também preponderante para o sucesso das investigações da Operação Lava Jato no Brasil.¹²⁷

A imagem positiva do poder judiciário na Itália recente foi construída a duras perdas. Juízes como Giovanni Falcone e Paolo Emanuele Borsellino, entre outros, pagaram com a própria vida o surgimento de uma instituição na qual o cidadão italiano pudesse confiar, até mesmo exercendo um papel de representatividade. Já o Parlamento não gozava de tal legitimidade. Finalmente, uma nova geração de juízes, no final da década de oitenta e a partir dos anos noventa, alcunhados de *giudici ragazzini*, ou jovens juízes, que não guardavam relação alguma com o poder político instituído e já cientes das ligações estreitas entre esse poder, a Máfia, as organizações criminosas, e até mesmo grupos terroristas, resolvem iniciar uma série de investigações no sentido de alterar os rumos da Itália. O combate efetivo à corrupção, por ser multifacetada, de extremo grau de complexidade, só é possível quando, em um estado democrático de direito, não somente o poder judiciário, as instituições estatais responsáveis pelo combate à corrupção sejam fortes, reconhecidas pela opinião pública mediante legitimidade construída com base no trabalho de excelência e na confiabilidade. Essa confiança nas instituições de Estado possibilitou ao Império Romano perdurar durante tanto tempo por meio da manutenção da paz social não apenas em Roma, mas em todas as cidades do império, tamanha era a crença na simbologia que essas instituições representavam.

A imunidade parlamentar também sofreu certo grau de desvio de finalidade na medida em que era utilizada por parlamentares como escudo, protegendo-se dos magistrados. Essas e outras coincidências serão relatadas na apresentação da Operação Lava Jato, em determinados momentos parecerá a reedição de um filme já visto antes, confirmando mais uma vez as semelhanças existentes entre os dois países.

Sergio Moro ainda considera a deslegitimação do sistema corrupto como sendo um terceiro pilar de sucesso da operação *Mani Pulite*:

A independência judiciária, interna e externa, a progressiva deslegitimação de um sistema político corrupto e a maior legitimação da magistratura em relação

¹²⁷ COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015, p. 11.

aos políticos profissionais foram, portanto, as condições que tornaram possível o círculo virtuoso gerado pela operação *Mani Pulite*.¹²⁸

2.8 A fase pós-operatória

Ao mencionar a importância do processo de deslegitimação do poder político contaminado pela corrupção para o sucesso da operação, Sergio Moro destaca as tentativas políticas levadas a efeito no intuito de frear seus efeitos judiciais e o papel exercido pela opinião pública que, inconformada com os atos emanados do parlamento, participa de forma ativa com greves e passeatas impedindo algumas medidas.

Em 1993, o primeiro-ministro Giuliano Amato tentou, por Decreto Legislativo, descriminalizar a realização de doações ilegais para partidos políticos. Houve reação popular e a medida foi então rejeitada. Em abril de 1993, o Parlamento italiano recusou parcialmente autorização para que Bettino Craxi fosse processado criminalmente, mais uma vez a opinião pública reagiu de forma contundente e até mesmo com violência. Em julho de 1994, um Decreto Legislativo do primeiro-ministro Silvio Berlusconi aboliu a prisão pré-julgamento para crimes específicos, inclusive corrupção ativa e passiva. Tal fato provocou ameaça de renúncia coletiva dos procuradores envolvidos no *poole*, mais uma vez, juntamente com a reação provocada pela indignação popular, a medida foi rejeitada.¹²⁹

O que se percebe portanto, é que ato contínuo, após uma reação estatal fortemente conduzida contra uma corrupção sistêmica, tem-se início uma série de providências levadas a efeito sobretudo pelo corpo legislativo, no sentido de anistiar crimes anteriores e buscando blindar os agentes que estão sendo perseguidos pelo cometimento de atos de corrupção. Não por menos Gherardo Colombo diz que a Operação Mãos limpas não mudou a Itália (assim como a Operação Lava Jato ao seu fim não mudará o Brasil), o magistrado lembra que o nível de transgressividade italiano ainda hoje é o mesmo da época e que do ponto de vista estritamente judiciário, ficou provado que em nesta situação a administração da justiça por si só não atinge a finalidade de combate à corrupção. Para Colombo a cultura deve vir antes das regras, e que se não se muda a cultura de um país, as

¹²⁸ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite, R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 58, jul./set. 2004.

¹²⁹ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite, R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 57, jul./set. 2004.

regras por mais que pareçam coerentes não serão respeitadas, é uma questão de educação para que tenha um combate efetivo à corrupção.¹³⁰

Os efeitos de uma operação desta magnitude afetam diretamente a estruturação política de um país, juntamente com o enfraquecimento das instituições governamentais acaba por derradeiro a desaguar seus efeitos nefastos no funcionamento da economia nacional, e é exatamente o que se percebe no momento posterior à Mãos Limpas com a grande crise econômica que afetou a Itália. E é justamente esta sequência de efeitos nocivos que temos verificado no Brasil com o desenrolar da Operação Lava Jato.

Conforme relata Gianstefano Frigerio¹³¹ a Itália vivenciou seu período pós-operatório precisando reerguer seu sistema político, vindo este novo sistema permeado de exigências por um processo e instituições mais transparentes, no entanto, também naquela época a Itália parecia que confiava todo este processo reformador nas mãos da magistratura, o que não indica ser o melhor caminho na medida em que é cediço que o alijamento deste processo da política e dos partidos que a compõem pode representar uma grave ameaça à democracia que tanto se pretende preservar.¹³²

Em um cenário propício Frigerio critica o momento em que a Operação Mãos Limpas é deflagrada (já que a corrupção era de há muito tempo e havia 5 anos que funcionava o pool para investigar crimes contra a administração pública). E também questiona os métodos utilizados pela investigação como se houvesse violação às regras ou condução política da investigação. E vai mais além, atenta para uma suposta “beatificação desprovida de crítica da atividade dos magistrados”. Por último, acusa os meios de comunicação de massa de criminalizar com raiva e fanatismo os partidos políticos em um verdadeiro julgamento público, sem que houvesse uma ampliação do debate acerca da disseminação da corrupção italiana para outros segmentos da sociedade¹³³. Isso não deixa de ser verídico considerando a máxima na qual sabe-se que não há corrupto sem corruptor.

¹³⁰ COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015, p. 91.

¹³¹ Gianstefano Frigerio foi ex-secretário-regional da Democracia Cristã na Lombardia. Preso em decorrência da Operação Mãos Limpas foi condenado por financiamento ilícito de campanha a quatro anos e meio de prisão e ficou proibido de exercer cargos públicos por cinco anos.

¹³² FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da Operação Mãos Limpas: a Europa e as Américas após a queda do marxismo*. Tradução: Cláudio Maltese – São Paulo: Maltese, 1994, p. 10.

¹³³ FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da Operação Mãos Limpas: a Europa e as Américas após a queda do marxismo*. Tradução: Cláudio Maltese – São Paulo: Maltese, 1994, p. 26-27.

2.9 O dinamismo jurisprudencial e a tendência a forçar o “tipo criminoso” dos delitos de corrupção

A lacuna existente entre o modelo escolhido pelo ordenamento jurídico italiano no combate aos crimes de corrupção e conexos e a forma como se apresenta a criminalidade político-administrativa nos últimos 20 anos, principalmente após a operação mãos limpas, faz com que a jurisprudência italiana realize um trabalho hercúleo na tentativa de moldar um elo capaz de suprir essa inadequação.

2.10 O problemático reforço da ação repressiva: os limites estruturais do direito penal no combate à corrupção

Urge, portanto, uma reforma que tutele de forma adequada a matéria em questão, sem ferir os princípios fundamentais do direito penal, mas que também seja suficientemente eficaz em um contexto de política criminal.

Dentre as propostas consideradas, destaca-se aquela que propõe a substituição de todo o sistema de delitos de corrupção pela utilização de um único marco, fato típico que englobasse tanto as possibilidades contidas no Código Penal, mas que também comportasse outras formas de corrupção não previstas. Essa proposta se distancia do princípio da tipicidade uma vez que possibilita a punição de fatos heterogêneos do ponto de vista do desvalor do ato considerado, sendo o Professor Enzo Musco¹³⁴ um dos principais críticos desta possibilidade de modificação legislativa. Por essas e outras considerações, não representaria esta a melhor proposta de modificação legislativa uma vez que restaria duvidoso o enquadramento do ato como lícito ou ilícito.

Acrescente-se o fato de haver diferenças de conteúdo bastante amplo entre o direito penal e a corrupção, pois enquanto aquele possui uma característica pontual e episódica, servindo-se da punição a atos concretos e individualizados, esta comporta um fenômeno estruturado, de maior complexidade e propagado de forma sistêmica.

É nesse sentido que se apresenta o direito penal com suas limitações em face de um combate eficaz contra o fenômeno da corrupção. A rigidez própria do direito penal

¹³⁴ MUSCO, Enzo. Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione. *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione, Atti del Convegno di studi di diritto penale*, Bari, p. 45, aprile 1995-1996.

encontra em si mesma seus limites para levar a efeito um combate mais dinâmico contra a corrupção.

2.11 A Operação Lava Jato

Dada a grande repercussão alcançada pela Operação Mãos Limpas na Itália e considerando que restou demonstrado um lado positivo ao final da operação, onde investigações estruturadas e coordenadas pelo Estado italiano atingiram uma corrupção sistêmica há tempos em funcionamento, caberia talvez um questionamento sobre quando chegaria a vez do Brasil vivenciar sua versão daquela operação que ficou famosa por abalar a estrutura corrupta de um poder organizado segundo um projeto de perpetuação dos seus alicerces.

Todo trabalho de investigação de crimes financeiros, sobretudo os ligados à corrupção e lavagem de dinheiro, iniciam, via de regra, a partir de elementos e fatos que quando concatenados nos permitem, por um caminho direto ou reverso, varrer toda a rede elaborada para que o dinheiro sujo percorresse até chegar ao seu destino final, que seria as mãos da autoridade corrupta.

No caso da Operação Mãos Limpas, conforme já apresentado, o início do desmoronamento do sistema corrupto italiano em fevereiro de 1992 iniciou-se a partir de uma denúncia de tentativa de achaque de um empresário do ramo de materiais de limpeza, os fatos narrados pelo empresário proporcionaram um flagrante no momento em que se pagava a propina a Mario Chiesa, integrante do Partido Socialista Italiano (PSI) e administrador do asilo Pio Albergo Trivulzio, com o desenrolar das investigações não tardaria para que um dossiê mostrasse o envolvimento de Bettino Craxi, um dos líderes do PSI e primeiro socialista a ocupar o cargo de Primeiro-Ministro da Itália.

Em relação à Operação Lava Jato não foi diferente. Já considerada a maior investigação de corrupção e de lavagem de dinheiro no Brasil a operação é deflagrada no dia 17 de março de 2014 com a prisão do doleiro Alberto Youssef (já condenado em outro esquema de corrupção, o do caso Banestado¹³⁵)¹³⁶ que no momento da prisão encontrava-

¹³⁵ O caso Banestado consistiu no envio de reservas monetárias para o exterior sem a devida declaração à Receita Federal. Os valores foram encaminhados a paraísos fiscais entre 1996 e 2002 e o volume foi de R\$ 150 milhões. O processo ficou a cargo do juiz Sergio Moro, mas devido a muitos recursos e à demora nos julgamentos em outras instâncias, todas as ações até então em curso foram consideradas prescritas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), após dez anos, o que beneficiou muitos dos acusados.

¹³⁶ SCARPINO, Luiz. Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil. Ribeirão Preto: Novo Conceito Editora, 2016, p. 25-28.

se hospedado no hotel Luzeiros em São Luís, no Maranhão. A partir de denúncias que levaram a investigações da atuação de doleiros no Paraná, chegou-se à quebra de sigilo de um posto de gasolina em Brasília (Posto da Torre)¹³⁷, como os doleiros investigados utilizavam uma rede de postos de combustíveis e lava a jato para movimentação de recursos ilícitos de uma das organizações criminosas envolvidas no esquema de corrupção, surge então o nome escolhido para a Operação Lava a Jato.¹³⁸

Assim como na Itália, no Brasil a Lava Jato seguiu até que o núcleo do poder político, organizado e corrupto fosse atingido culminando com a prisão de políticos, deputados, senadores, ex-governadores e assim por diante, além do clamor popular pela renúncia ou impeachment do Presidente da República em exercício, o que acabou se configurando.

A partir da investigação de Alberto Youssef (eram quatro organizações criminosas sob investigação no primeiro momento) chega-se ao nome de Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras. Paulo Roberto teria recebido um automóvel da marca Land Rover no valor de R\$ 250 mil comprado por Yousseff.

O que foi descoberto pelo MPF a partir da prisão do ex-diretor em 20 de março de 2014 foi um esquema de pagamento de propinas envolvendo fraudes em licitações onde empreiteiras utilizavam doleiros como Youssef para o pagamento de propinas a altos executivos da estatal.

O Ministério Público Federal estimou que o esquema já durava por dez anos e que o percentual de propina destinada aos executivos variava de 1% a 5% e incidiam sobre os valores bilionários dos contratos superfaturados. As empreiteiras envolvidas na fraude formavam um cartel no qual revezavam entre si os vencedores de cada certame licitatório.

Empreiteiras, funcionários da Petrobrás, operadores financeiros (doleiros), e agentes políticos figuravam como atores do esquema. A empreiteiras organizadas em forma de cartel se reuniam com os funcionários da Petrobrás envolvidos no esquema de forma a garantir que somente as empresas participantes do esquema fossem selecionadas no certame licitatório. Os operadores financeiros eram contratados pelas empreiteiras para fazer chegar o dinheiro da propina nas mãos dos funcionários da Petrobrás, entregando os valores em espécie, por transferência no exterior ou contratos simulados com empresas de

¹³⁷ NETTO, Vladimir. Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016, p. 11.

¹³⁸ Caso Lava Jato. Entenda o caso. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 29/12/2016.

fachada, posteriormente os valores chegavam aos seus beneficiários. No curso das investigações, em março de 2015 o Procurador-Geral da República apresenta ao STF 28 petições para abertura de inquéritos criminais com o objetivo de apurar fatos relacionados a 55 pessoas, sendo 49 com foro por prerrogativa de função. Essas pessoas, relacionadas a partidos políticos eram responsáveis por indicações de executivos na diretoria da Petrobrás e foram citadas em colaborações premiadas no decorrer das investigações. E mais uma vez se destaca tanto a importância do instituto da colaboração premiada para uma operação do porte da Lava Jato quanto a semelhança desta com a Mãos Limpas que também se utilizou de uma série de colaborações.

Representação gráfica do esquema de como funcionou o esquema de corrupção descoberto pela Lava Jato:



Fonte: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>

Em sua origem a Lava Jato estava ligada a uma série de acontecimentos até sua efetiva deflagração. Em 2006, ainda no curso do escândalo do mensalão, o Deputado Federal José Janene evitava sua cassação no Congresso Nacional mediante denúncias que davam conta de que havia recebido mais de 4 milhões de Reais neste esquema. O MPF

havia recebido um informe do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) de que assessores do deputado haviam feito uma série de movimentações atípicas em suas contas bancárias.

Já havia desconfiança de que Janene estaria ligado de alguma forma a Youssef, no entanto, as investigações não obtiveram provas que incriminassem o doleiro. As suspeitas do relacionamento entre os dois tomaram novo rumo quando um empresário ex-sócio de Janene, Hermes Magnus, decide procurar a Polícia Federal para informar que sua empresa, a Dunel Indústria e Comércio – fabricante de produtos eletrônicos sediada em Londrina, foi usada por Janene para lavagem de dinheiro proveniente do mensalão.

Entre junho e novembro de 2008, Janene injetou na empresa de Hermes Magnus mais de um milhão de Reais, sendo quase metade deste valor oriundo de Brasília, a partir de contas do doleiro Carlos Habib Chater, dono do Posto da Torre. Ainda sem provas definitivas apesar de comprovadas as transações investigadas, em setembro de 2010 ocorre o falecimento de José Janene e com isso, mais uma vez, o caso termina ainda sem uma solução.¹³⁹

Em abril de 2013 a Polícia Federal, por intermédio de uma outra operação em andamento constata que o doleiro Carlos Habib Chater continua operando no Posto da Torre. Após autorização para interceptação telefônica, em julho de 2013 a investigação começa a monitorar as conversas do doleiro Carlos Habib Chater. Pelas interceptações, foram identificadas quatro organizações criminosas que se relacionavam entre si, todas lideradas por doleiros. A primeira era chefiada por Chater (cuja investigação ficou conhecida como “Operação Lava Jato”, nome que acabou sendo usado, mais tarde, para se referir também a todos os casos); a segunda, por Nelma Kodama (cuja investigação foi chamada “Operação Dolce Vita”); a terceira, por Alberto Youssef (cuja apuração foi nomeada “Operação Bidone”); e a quarta, por Raul Srour (cuja investigação foi denominada “Operação Casa Blanca”)¹⁴⁰.

A grande virada da Operação Lava Jato ocorre quando posteriormente a ser posto em liberdade após sua primeira prisão, o ex-diretor Paulo Roberto Costa é preso novamente. Quando o Ministério Público da Suíça comunica ao MPF a existência de US\$ 23 milhões nos bancos suíços em nome de Paulo Roberto, Auditores-Fiscais da Receita

¹³⁹ NETTO, Vladimir. Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016, p. 26-28.

¹⁴⁰ Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>>. Acesso em 01/01/2017.

Federal do Brasil forneceram um dossiê onde Paulo Roberto e seus familiares figuram como ordenadores de um esquema de lavagem de dinheiro de milhões de Reais oriundos da Petrobrás.

Pressionado pela família e diante do aprofundamento das investigações Paulo Roberto Costa decide celebrar um acordo de colaboração premiada onde contaria com detalhes como funcionava todo o esquema de corrupção na Petrobrás, seu papel dentro desse esquema e os demais atores envolvidos, dentre eles políticos de diversos partidos e as empreiteiras que funcionando em sistema de cartel fizeram sangrar a maior estatal brasileira.

O doleiro e operador financeiro Alberto Youssef também celebra acordo de colaboração fornecendo mais detalhes que serviriam como subsídios para as demais fases da operação. Em 14 de novembro de 2014 foram executados vários mandados em grandes e renomadas empresas de construção como Engevix, Mendes Júnior Trading Engenharia, Grupo OAS, Camargo Correa, Galvão Engenharia, UTC Engenharia, IESA Engenharia, Construtora Queiroz Galvão e Odebrecht Plantas Industriais e Participações.

Em 14 de janeiro de 2015, o ex-diretor da área internacional da Petrobras Nestor Cuñat Cerveró foi preso preventivamente ao desembarcar no Aeroporto do Galeão, Rio de Janeiro, quando chegava de viagem de Londres, tendo nova prisão preventiva decretada em 22 de janeiro de 2015.

A operação continua com suas investigações em andamento e o que se percebe é que o instituto da colaboração premiada foi elemento fundamental na descoberta do funcionamento de todo o esquema de corrupção, sem a colaboração seria muito difícil que chegasse à comprovação dos elementos que hoje fundamentam as condenações e medidas cautelares decretadas. Quanto ao resultado esperado foram muitas as repatriações e ressarcimentos celebrados durante toda a operação. Os valores quando identificados eram mencionados nos acordos de colaboração onde exigia-se sua devolução ao erário, além de bens de luxo e alto valor comercial. Empresas como Braskem e Odebrecht juntas assinaram acordo de leniência no valor total de R\$ 6,9 bilhões dos quais R\$ 5,3 bilhões destinados ao Brasil. Outros resultados foram resumidos pelo MPF no quadro abaixo (a lava jato eum números) para que seja possível concretizar em números os resultados da operação:

RESULTADOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO I



1.434 PROCEDIMENTOS INSTAURADOS

730 BUSCAS E APREENSÕES,

197 CONDUÇÕES COERCITIVAS,

79 PRISÕES PREVENTIVAS,

103 PRISÕES TEMPORÁRIAS E

6 PRISÕES EM FLAGRANTE

120 PEDIDOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL,

SENDO 98 PEDIDOS ATIVOS PARA 31 PAÍSES

E 22 PEDIDOS PASSIVOS COM 13 PAÍSES

71 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

FIRMADOS COM PESSOAS FÍSICAS

7 ACORDOS DE LENIÊNCIA E

1 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

56 ACUSAÇÕES CRIMINAIS

CONTRA 259 PESSOAS (SEM REPETIÇÃO DE NOME),

SENDO QUE EM 24 JÁ HOVE SENTENÇA,

PELOS SEGUINTE CRIMES:

- CORRUPÇÃO
- CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL
- TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS
- FORMAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA
- LAVAGEM DE ATIVOS, ENTRE OUTROS

7 ACUSAÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CONTRA 38 PESSOAS FÍSICAS E 16 EMPRESAS

PEDINDO O PAGAMENTO DE R\$ 12,5 BILHÕES

VALOR TOTAL DO RESSARCIMENTO PEDIDO

(INCLUINDO MULTAS): R\$ 38,1 BILHÕES

OS CRIMES JÁ DENUNCIADOS ENVOLVEM PAGAMENTO

DE PROPINA DE CERCA DE R\$ 6,4 BILHÕES

R\$ 10,1 BILHÕES SÃO ALVO DE RECUPERAÇÃO

POR ACORDOS DE COLABORAÇÃO,

SENDO R\$ 756,9 MILHÕES OBJETO DE REPATRIAÇÃO

R\$ 3,2 BILHÕES EM BENS DOS RÉUS JÁ BLOQUEADOS

ATÉ O MOMENTO SÃO 120 CONDENAÇÕES, CONTABILIZANDO

1.257 ANOS, 2 MESES E 1 DIA DE PENA

dados atualizados até 19 de dezembro de 2016



Fonte: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>

3 CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL, EVOLUÇÃO E EFEITOS NO BRASIL

3.1 Conceito e evolução

Com a evolução do processo de globalização neoliberal, sem sombra de dúvidas, cresceram exponencialmente os crimes de corrupção e suborno transnacionais. Sobre a diferenciação entre os crimes de corrupção e suborno, Damásio de Jesus¹⁴¹ leciona que no Brasil (ao contrário do que ocorre em outras legislações), as duas expressões têm o mesmo sentido, não havendo maiores distinções, sendo que nos países onde existe essa diferença, quando o fato é cometido por servidor público dá-se a denominação de corrupção (corrupção passiva), e quando praticado por particular chama-se suborno (corrupção ativa).

O Brasil é signatário de três importantes convenções destinadas a elaborar alternativas para combater a corrupção a nível internacional, são elas: a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). No entanto, o Brasil encontra uma série de dificuldades no que diz respeito à tipificação desses crimes em nosso direito penal.

A Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) assinada em 29/03/1996,¹⁴² foi o primeiro instrumento internacional de combate à corrupção que tratou tanto de medidas preventivas quanto punitivas em relação aos atos corruptos. No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Diante da necessidade de um instrumento independente, completo e vinculante, que abrangesse a prevenção, a criminalização, a cooperação internacional e a recuperação de ativos em matéria de enfrentamento à Corrupção, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 55/6 (2000), decidiu estabelecer um Comitê com a tarefa de elaborar uma minuta de Convenção.

A Convenção da ONU contra a Corrupção foi assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida (México) e, por isso, é também conhecida como a Convenção de

¹⁴¹JESUS, Damásio E. de. Breves notas sobre o crime de corrupção ativa nas transações comerciais internacionais. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, n. 16, p. 35-37, 2003.

¹⁴² Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-58.html>>. Acesso em: 13/05/2016.

Mérida. Em virtude da assinatura desta Convenção, no dia 09 de dezembro, passou-se a comemorar nesta data o Dia Internacional de Luta contra Corrupção em todo o mundo.

No Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Considerando as três convenções mencionadas das quais o Brasil é signatário, a convenção da OCDE é a que possui enfoque direcionado ao comércio exterior. Em relação aos termos da convenção da OCDE contra a corrupção, o Brasil ratificou-os pelo Decreto nº 3.678/2000 e vem acompanhando sua implementação pela Controladoria-Geral da União (CGU) por intermédio de sua Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI).¹⁴³

Antes do movimento da OCDE para a adoção de tais medidas, os Estados Unidos já adotavam uma legislação específica para o combate à corrupção nas relações comerciais internacionais, por meio dos *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*.¹⁴⁴

Em que pese o fato de o Brasil ter melhorado sensivelmente em 1998 o índice de medição de percepção da corrupção, segundo a Organização Não Governamental Transparência Internacional, não se observa, conforme descrito por Damásio E. de Jesus em seu artigo,¹⁴⁵ nenhuma melhora considerável do Brasil em relação à sua posição no *ranking* internacional da corrupção. Pelo contrário, em 1997 ocupávamos a 36ª posição com um índice de 3,56 com 52 países analisados, em 1998 caímos para a 46ª posição com um índice de 4,00 sendo 85 países envolvidos na pesquisa, ou seja, verifica-se que houve um aumento razoável na mostra considerada em 1998 e que no ano anterior foram poucos países elencados, o que, de certa forma, prejudica o resultado comparativo da pesquisa.

Também a mera introdução de normas especiais no sentido de combater a corrupção transnacional não significa que haverá necessariamente uma melhora no índice mencionado. Cláudio Weber Abramo (Diretor Executivo da ONG Transparência Brasil) relata que é a eficácia da lei no país onde esta será introduzida que interfere diretamente no índice de percepção da corrupção:

¹⁴³ CONVENÇÃO da OCDE. Presidência, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2007. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seain/a_seain/cartilha_OCDE.pdf>. Acesso em: 24/03/2013.

¹⁴⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. Razões da introdução em nossa legislação do crime de corrupção funcional nas transações comerciais internacionais. *Boletim IBCCRIM*, n. 72, p. 04-05, 1998.

¹⁴⁵ Idem, p. 04.

No caso do indicador de Eficácia da Lei, as percepções medidas pelos diversos levantamentos que o compõem dizem respeito à validade efetiva de contratos, custos derivados de atividades criminosas, fraudes bancárias, possibilidade de cidadãos acionarem o governo, independência do poder judiciário, obediência dos cidadãos a sentenças judiciais, tradição de lei e ordem, prevalência de atividades informais, evasão fiscal, confiança na proteção à propriedade, confiança no judiciário, previsibilidade do judiciário e assim por diante.¹⁴⁶

3.2 Globalização, Direito Penal e Corrupção

Desde épocas mais remotas até os dias de hoje, a corrupção se faz presente no dia-a-dia da sociedade, contudo, o fenômeno da globalização realçou sua dimensão econômica a partir do momento em que a economia passou a prevalecer sobre a própria sociedade e a política. O impacto da globalização da economia e do comércio internacional aumentou a potencialidade das práticas corruptivas.

Os ilícitos, que a partir de então, começam a compor o cenário de possibilidades das práticas corruptivas são diversos. O italiano Vincenzo Mongillo¹⁴⁷ elenca algumas delas a título de ilustrar uma mostra da capacidade deste rol: descartes irregulares de lixo gerando danos para o meio ambiente em outras nações, fraude comunitária (zona do euro e Mercosul), preços de transferência (*transfer pricing*) entre sociedades pertencentes a um grupo internacional de empresas, fraudes financeiras, monopólios e cartéis em escala internacional, violações de direitos autorais, *dumping* de produtos em mercados estrangeiros, lavagem de dinheiro e reinvestimento de capitais ilícitos, entre tantos outros.

Em que pese o fato de a globalização da economia, por si só, não ter sido a causa direta da corrupção nos países em vias de desenvolvimento e do terceiro mundo, o fato é que a mundialização da economia permitiu um aumento das possibilidades de práticas corruptivas, elevando também o impacto negativo dos seus efeitos em relação ao crescimento e desenvolvimento social e econômico.

A par da denominação jurídica atribuída ao crime de corrupção mundo afora, na Europa, o conceito de corrupção internacional divide-se basicamente em corrupção comunitária (no âmbito da União Europeia, por exemplo), e em corrupção internacional em sentido estrito, quando se relacionar a países extracomunitários.

¹⁴⁶ ABRAMO, Cláudio Weber. Relações entre índices de percepção de corrupção e outros indicadores em onze países da América Latina. *Cadernos Adenauer*, v. 10, 2000. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/onze.pdf>>. Acesso em: 24.03.2015.

¹⁴⁷ MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale – Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*. 9. ed. Collana: Nuove ricerche di scienze penalistiche. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 4-5.

Há ainda a expressão “corrupção transnacional”, como gênero de mesma característica das espécies anteriormente destacadas, desde que o ilícito ocorra em um espaço localizado entre dois países distintos e desde que envolva um agente público de um desses países.

Na Itália, o que diferencia a corrupção transnacional das demais, ao menos terminologicamente, foi sua inserção no art. 3º da lei nº 146, de 16 de março de 2006¹⁴⁸, editada a partir da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, assinada em Palermo (Convenção de Palermo) em dezembro de 2000, entrando em vigor em setembro de 2003, e que conferiu contornos jurídicos ao termo:

Art. 3. Definizione di reato transnazionale

1. Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:

- a) sia commesso in più di uno Stato;*
- b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;*
- c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;*
- d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.*¹⁴⁹

No entanto, no direito italiano, a definição institucional do delito em questão (crime transnacional) é mais restritiva que aquela considerada pré-jurídica, uma vez que requer, entre outros requisitos, o envolvimento de uma “organização criminoso”, dificilmente identificada nos casos de corrupção internacional.

No Brasil, não havia até o advento da Lei 12.694/2012, um conceito legal de crime organizado. A Convenção de Palermo, em seu artigo 2º, a), utiliza a seguinte definição para grupo criminoso organizado:

¹⁴⁸ Tradução Livre: “Art. 3. Definição de crime transnacional

1. Para os efeitos da presente lei será considerado crime transnacional o crime punível com pena de reclusão não inferior a quatro anos no máximo, se um grupo criminoso organizado estiver envolvido, bem como:

- a) se for cometido em mais de um Estado;
- b) ou se cometido em um só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção ou controle tiver ocorrido noutro Estado;
- c) ou se cometido em um só Estado, mas que tenha envolvido um grupo criminoso organizado em atividades criminosas em mais de um Estado;
- d) ou se cometido em um só Estado mas tendo efeitos substanciais noutro Estado.”

¹⁴⁹ LEGGE 16 marzo 2006, n. 146, Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001. In *Gazzetta Ufficiale*, n. 85, dell'11 aprile 2006 - Supplemento ordinario n. 91. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/06146l.htm>>. Acesso em: 16/04/2015.

[...]grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Parte da doutrina passou a utilizar a terminologia empregada na Convenção de Palermo para conceituar o crime organizado no Brasil, sendo que por aqui a convenção foi promulgada em 12 de março de 2004 pelo Decreto nº 5.015/2004.

A Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, (crimes praticados por organização criminosa), trouxe no bojo do seu artigo 2º um conceito legal para a organização criminosa:

[...]considera-se organização criminosa a associação de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Percebe-se que neste aspecto a lei foi fortemente influenciada pela Convenção de Palermo, que tinha foco no combate à **criminalidade organizada transnacional**, de forma genérica, o que provocou certa confusão entre os conceitos envolvidos nesses dispositivos legais.

Pouco tempo depois, foi promulgada a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, com nova definição para organização criminosa nos seguintes termos:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (art. 1º, §1º)

Nesse sentido, a alteração mais significativa do novo conceito diz respeito ao número de participantes que deixou de ser de três e passou a ser de quatro.

Sendo assim, percebe-se que, pela redação final do conceito de organização criminosa hoje empregado, buscou-se adequar nosso direito penal às exigências previstas na Convenção de Palermo, incluindo na redação final do texto normativo a prática de infrações penais que sejam de caráter transnacional.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁵⁰, o compromisso brasileiro em relação aos crimes praticados por organizações criminosas internacionais vai ainda mais além, quando excepcionou, nos incisos I e II do § 2º do art. 1º da Lei 12.850/2012, as seguintes infrações penais, independentemente da quantidade de pena aplicável, ou seja, permitindo que fossem penalizadas qualquer que seja o prazo, sem o limite inferior de até quatro anos:

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional. (art. 1º, §2º, I e II).

3.3 Os Estados Unidos e os *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)

No ano de 1977, o congresso Norte-Americano promulgou um conjunto de atos denominados *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), e durante um tempo razoável foi o único país a ter de forma ativa uma legislação própria que proibisse a prática de suborno em relação a agentes administrativos de países estrangeiros.

Os Estados Unidos, preocupados com a plenitude do desenvolvimento econômico no país, perceberam desde cedo o que a comunidade internacional somente iria se pronunciar a partir da década de 90, ou seja, que os custos envolvidos na corrupção transnacional influenciam na alocação de recursos governamentais, prejudicando investimentos em infraestrutura e na captação de receitas, distorcendo a economia nacional dentre outras externalidades negativas¹⁵¹:

*Establishing and exploiting opportunities for bribery at high levels of government also increases the cost of government, distorts the allocation of government spending, and can dangerously lower the quality of infrastructure. Even relatively petty or routine corruption can deprive a government of revenues, distort economic decision making, and impose negative externalities such as increased pollution on society.*¹⁵²

¹⁵⁰BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35-36.

¹⁵¹ ZAGARIS, Bruce. *Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U. S. experience with the foreign corrupt practices act. Temas de anticorrupção & compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 56.

¹⁵² Tradução Livre: “O estabelecimento e exploração de oportunidades de suborno nos altos níveis de governo também aumenta o custo do governo, distorce a alocação de gastos do governo, e pode perigosamente diminuir a qualidade da infra-estrutura. Mesmo a corrupção relativamente pequena ou

Os FCPA possuem basicamente dois mecanismos de funcionamento, um que diz respeito à proibição propriamente dita de oferecimento de propinas a funcionários públicos estrangeiros, aplicando-se aos nacionais, companhias de capital aberto, companhias com ligações com os Estados Unidos e qualquer um sob jurisdição dos E.U.A. e outro mecanismo que obriga a manutenção de contabilidade e de registros nas operações domésticas e estrangeiras das companhias de capital aberto.

Bruce Zagaris¹⁵³ elenca algumas questões relevantes acerca das disposições anticorrupção previstas nos FCPA, são elas:

1. Os elementos essenciais das disposições anticorrupção previstos na legislação norte-americana são no sentido de proibição de pagamento, oferta ou promessa de qualquer coisa de valor para agentes públicos estrangeiros, partidos políticos estrangeiros, candidatos políticos estrangeiros, ou ainda qualquer pessoa que saiba que todo o pagamento ou parte dele ou promessa de pagamento será repassado a qualquer um dos sujeitos mencionados. O ato de corrupção deve ter a intenção de corromper com o propósito de influenciar um ato praticado por agente público ou uma decisão, induzindo-o a praticar ou deixar de praticar ato para o qual esteja obrigado em razão do ofício, ou ainda induzindo-o a utilizar-se da influência do cargo perante o governo de um país estrangeiro para influenciar em ato ou decisão governamental, ou auxiliar na obtenção ou retenção de negócios para ou com o governo, ou direcionamento de negócios para qualquer pessoa.
2. **Sobre a jurisdição** - a larga abrangência das disposições anticorrupção dos FCPA, permite incluir qualquer pessoa (inclusive entidades e indivíduos estrangeiros) que atue no adiantamento de incentivos proibidos para um agente público estrangeiro enquanto estiver em território norte-americano.

Desde 1998, o congresso dos E.U.A. incluiu o princípio da nacionalidade como base para jurisdição. O resultado dessa modificação é que a jurisdição poderá ser baseada tanto na situação de um indivíduo como cidadão norte-americano, quanto na situação em que uma entidade é estabelecida sob as leis norte-americanas, ou ainda, quando sua principal unidade de negócios se situem nos E.U.A. Valem,

rotineira pode privar o governo de receitas, distorcer a tomada de decisões econômicas e impor externalidades negativas, como o aumento da poluição na sociedade”.

¹⁵³ ZAGARIS, Bruce. *Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U. S. experience with the foreign corrupt practices act. Temas de anticorrupção & compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, p. 57-64, 2013.

portanto, tanto o princípio da nacionalidade, quanto o da territorialidade, ou ambos, para definir a jurisdição.

3. **Sobre o valor do pagamento, oferta ou promessa** – apesar dos FCPA proibirem qualquer pagamento, oferta ou promessa, não se define o que seria “qualquer coisa de valor”. Entende-se que poderia incluir bolsas de estudo para familiares, *upgrades* em viagens aéreas para primeira classe ou *business*, viagens a *resorts*, emprego para familiares nas empresas e desvios de doações a pessoas indicadas pelos agentes públicos. A questão do valor a ser pago nos termos do que os FCPA se referem varia conforme cada circunstância dependendo do caso concreto, não existindo um valor mínimo como referencial.
4. **Conceito de agente público para os FCPA** – as proibições em relação ao oferecimento de incentivos para agentes públicos abrangem todos os níveis governamentais, incluindo os serviços da sociedade civil e também no que diz respeito aos agentes políticos, não havendo nenhuma diferença se o agente é ou não remunerado pelo seu serviço, mas sim, importando a finalidade exercida pelo seu trabalho. O que importa é saber se o incentivo ofertado guarda relação ou nexos com o poder que reside nas mãos do agente público e a influência que aquele exercerá sobre seu dever de ofício. A proibição também se aplica a partidos políticos e a qualquer candidato a cargo político, além de entidades paraestatais e empresas subsidiadas ou geridas pelo governo.
5. A respeito da intenção em corromper, cumpre advertir que para subsumir-se à conduta proibida não é necessário que o pagamento do incentivo seja necessariamente efetivado pelo agente, bastando, para violar os FCPA, que tenha a intenção de agir desta forma.
6. Em que pese o fato do termo *assist* (ajudar, auxiliar) ter nos FCPA uma ampla aceção, é certo que uma companhia que induz um agente público agir de forma à obtenção, manutenção ou direcionamento dos negócios da companhia, estará desta forma violando as normas.
7. As disposições anticorrupção possuem uma categoria de exceções e duas categorias de defesas afirmativas (forma de isenção), permitindo assim que alguns incentivos sejam promovidos sem transgredir os preceitos normativos. São elas:
 - a) **Facilitação de pagamentos** – os FCPA permitem os pagamentos orientados a garantir o desempenho rotineiro de uma ação governamental por parte de seu

agente público, partido político ou partido oficial. Esses pagamentos se destinam a tornar a *performance* do seu agente mais eficiente no tocante à realização de uma tarefa vinculada, ou seja, admite-se apenas quando não se esperaria outra ação por parte do agente público a não ser aquela para a qual já estaria prevista segundo a normativa a ser seguida. Logo, excluem-se os atos discricionários para esta finalidade. Os atos governamentais de rotina para se enquadrarem na exceção devem limitar-se a apenas atos que ordinariamente são praticados por um agente público.¹⁵⁴

- b) **Despesas de negócios realizadas mediante boa-fé** – são admitidos como defesa afirmativa os gastos razoáveis realizados mediante boa-fé desde que essas despesas estejam diretamente relacionadas com a promoção, demonstração, ou explicação dos produtos e serviços para a agência governamental estrangeira no sentido único e exclusivo de realização do negócio, ou ainda, na execução ou *performance* de um contrato com o governo estrangeiro ou agência. Atenção deve ser dada para o fato de que, não raras vezes, esses gastos, no sentido de promover a demonstração dos produtos e serviços, podem incluir facilidades indevidas, como viagens a *resorts* em hotéis de luxo, ou ainda, *upgrades* desnecessários para a primeira classe em viagens aéreas, e que não guardam relação alguma com o objetivo da promoção. Os programas de *compliance* das companhias, tão recentemente divulgados e incentivados, são os principais interessados na manutenção da contabilidade desses gastos, bem como pela realização de auditorias periódicas para determinarem se esses gastos são desnecessários e também se violam as normas dos FCPA. Sendo assim, para fazerem jus à exceção como defesas afirmativas, as despesas devem ser efetuadas mediante boa-fé, além de guardarem relação direta com: a) a promoção, demonstração ou explanação de produtos ou serviços; ou b) a execução ou *performance* de um contrato com um governo estrangeiro ou agência.

8. **Legislação local** – as defesas afirmativas apenas podem ser alegadas nos casos em que estejam de acordo com a legislação do país no qual deverá ser aplicada. Muitos

¹⁵⁴Os valores de pequena monta que são admitidos pelos FCPA orientam-se no sentido de equalizar um problema muito comum principalmente em economias menos desenvolvidas onde o processo para obtenção de simples licenças, permissões, dentre tantos documentos oficiais, normalmente é excessivamente burocrático. Mesmo assim, sua admissibilidade é controlada e limitada a atos vinculados, além de não ser dispensado o devido registro contábil destas despesas.

países aceitam subvenções não previstas no ordenamento legal interno e, assim sendo, não devem ser utilizadas sob pena de violar os FCPA.

9. **Procedimento de consulta** – o Departamento de Justiça Norte-Americano mantém um procedimento de consulta em relação aos FCPA, o que permite requisitar ao órgão uma opinião acerca de determinada conduta a ser realizada em um ato negocial. A consulta gera uma presunção relativa de que a conduta não viola as normas dos FCPA, além de vincular apenas o Departamento de Justiça e as partes negociantes, não vinculando, portanto, outras partes não envolvidas neste procedimento de consulta. Em função da morosidade do procedimento de consulta, além dos custos envolvidos neste processo, os oficiais do Departamento de Justiça recomendam, antes de elaborarem um requerimento formal, que os requerentes se encontrem, informalmente, com os respectivos oficiais, no sentido de verificarem se a empresa necessariamente precisa ingressar com o procedimento, e sendo o caso, os termos a serem encaminhados, além das informações que constarão na opinião a ser emitida. A informação prestada nos termos da consulta é isenta de publicação nos termos do *Freedom of Information Act*, no entanto, o Departamento de Justiça tem o direito de publicar um resumo descrevendo o requerente, identificando o país, o sumário da conduta proposta ao caso, e o anúncio da decisão do Departamento de Justiça. O Departamento de Justiça publica os resumos de suas consultas no seu *website*¹⁵⁵, que representa uma fonte de orientações úteis na estruturação de transações e também na forma como o Departamento de Justiça deve atuar em determinadas situações concretas.

Os FCPA estipulam detalhadamente as cláusulas contábeis e de manutenção das operações envolvidas nos negócios das empresas. As seguradoras, em especial, são obrigadas a manter informações atualizadas e documentos utilizados em suas transações, bem como se submeterem a auditorias independentes quando necessário.

Os formulários a serem utilizados, os livros e o formato de gravação dessas informações, bem como a contabilidade interna da empresa, seguem uma série de diretivas detalhadas nos FCPA.

Os documentos que suportam referidas informações devem refletir com clareza e fidelidade as transações realizadas pelas empresas, bem como seus ativos. O

¹⁵⁵ O website pode ser livremente consultado no endereço disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/>>. Acesso em: 07/04/2015.

sistema de contabilidade interna deve ter controle suficiente para promover garantias razoáveis de que as transações são executadas de acordo com a autorização dos administradores, e de que as transações são registradas no sentido de permitir a elaboração de relatórios financeiros em conformidade com os princípios contábeis ou outros critérios aplicáveis, além de manter a prestação de conta dos seus ativos.

O acesso aos ativos da empresa é permitido apenas de acordo com autorização da administração e a guarda da prestação de contas desses ativos deve ser periodicamente comparada com a evolução desses ativos, providenciando a devida retificação e atualização quando for necessário.

Os FCPA também estipulam o escopo da contabilidade e da manutenção dos registros, sendo que este mais limitado que o das disposições anticorrupção é aplicável somente aos agentes da entidade emissora. Sobre a conformidade das informações contábeis a U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) já enfatizou sua política de tolerância zero em relação à falsificação de documentos relativamente a pagamentos efetuados inapropriadamente. Os diretores e auditores internos estão proibidos de causarem deturpações nas informações a serem prestadas aos auditores externos. Esta é a regra 13b2-2 que foi ampliada pela SEC para incluir qualquer pessoa que esteja agindo em nome diretores ou dos auditores internos.

Da mesma forma que os demais requisitos de controle, exige-se que os emitentes mantenham um sistema de controle interno eficiente e capaz de reproduzir a qualquer tempo o histórico de atividades realizadas com exatidão. Um sistema de *compliance* deverá trabalhar em sintonia com o sistema de controle interno no sentido de auxiliar na auditoria das informações armazenadas, além de garantir a integridade das informações contábeis como um todo.

Em um caso de litígio amplamente reportado na literatura Norte-Americana (*SEC x World-Wide Coin*), constatou-se que os auditores independentes alertaram para graves problemas identificados nos controles internos da companhia, o que se revelava uma potencial violação às normas dos FCPA. Mesmo com a ciência da notificação, a administração da companhia não adotou nenhuma medida corretiva. Posteriormente, o judiciário condenou a companhia por violação à Seção 13 (b) (2) dos FCPA e considerou como completamente fraudulenta a contabilidade

elaborada, além de ordenar a restituição de todos os benefícios indevidamente recebidos pelo réu.

10. Responsabilidade indireta – um indivíduo ou uma entidade poderão ser indiretamente responsabilizados por um ato de terceiro quando este agir em nome do referido emitente. Apesar de o terceiro não ser alcançado pela normativa dos FCPA, o mesmo não pode ser dito em relação a quem de forma indireta exigiu mediante autorização que o ato fosse realizado. A responsabilização indireta pelo ato de um terceiro sempre ocorrerá quando o emitente tiver ciência de que o valor a ser entregue ao agente público estrangeiro se referir a negócios impróprios nos termos já especificados.

O que se percebe é que nos E.U.A. o nível de aceitação quanto a negligências nesta área é muito mais restrito, sendo pouco tolerado. A todo tempo os promotores de justiça buscam inferir novas evidências baseadas na demonstração de que determinado indivíduo deveria ser responsabilizado baseando-se no fato de que seria seu dever ter conhecimento de que certa ação infringiria os preceitos dos FCPA, ou ainda, que o terceiro sob sua supervisão teria cometido referida infração. A aferição desta possibilidade de responsabilização pode ser exemplificada no caso em que determinado empregado efetua um pagamento a pessoa sem que haja contrapartida de produto ou serviço prestado, ou efetuando um pagamento de valor desproporcional em relação ao produto adquirido ou serviço contratado. São as chamadas bandeiras vermelhas (*red flags*) que na verdade são fortes indícios de que a operação em questão é eivada de vício.

A autorização de pagamentos considerados indevidos é proibida pelos FCPA, sejam eles realizados diretamente ou indiretamente. Como autorizações implícitas são vedadas, quando um indivíduo ou uma entidade forem advertidos da possibilidade de pagamentos impróprios a terceiros, o emitente deverá se precaver e registrar o fato de que aquela conduta não é autorizada, e deve documentar objeção explícita à referida conduta imprópria se possível.

O controle das normas anticorrupção não se aplica a diretores, empregados ou agentes de filiais situadas no exterior se estes indivíduos ou entidades não são de domínio doméstico e também se eles não são emitentes.

Pode haver responsabilização criminal em função da inserção de dados inexatos na contabilidade e nos registros com o intuito de distorcer as informações que devem ser prestadas, bem como se não houver a implementação de um sistema de controle interno, ou

ainda se houver falsificação de livros, registros ou de contas. A responsabilização criminal abrange, inclusive, atos executados por terceiros, desde que o agente tenha conhecimento da irregularidade do ato praticado. Também é possível a responsabilização criminal de cúmplices desde que a promotoria reúna provas suficientes de forma a comprovar que houve conluio entre entidades ou indivíduos emitentes e terceiros.

No caso concreto é muito difícil o trato em situações nas quais é notório o fato de que os agentes públicos de determinados países fazem negócios apenas quando os representantes interessados os presenteiam com algo de valor. Os FCPA não estabelecem um valor mínimo para estes casos e proíbem a prática, independentemente do valor do incentivo sempre que a finalidade for a obtenção de um ato de ofício qualquer que deva ser praticado pelo agente público estrangeiro. Sempre que uma situação como essa estiver em discussão, a forma mais correta de agir seria a companhia se abster da entrega de qualquer incentivo, salvo nos casos já relatados em que se trate de demonstração de produtos por ela fabricados.

Mas também é possível que as companhias verifiquem previamente a legislação anticorrupção dos países com os quais desejam fazer negócios no sentido de constatarem se a oferta de brindes faz parte da tradição local e como tal procedimento se verifica na prática.

No caso do Brasil, o Decreto 4.081, de 11 de janeiro de 2002, que institui o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República traz interessantes dispositivos acerca da política de recebimento de incentivos por qualquer dos seus agentes públicos, merecendo destaque a regra da vedação de recebimento de incentivos, salvo os que não tenham valor comercial ou aqueles distribuídos de forma generalizada cujo valor não ultrapasse a cifra de R\$ 100,00 (cem reais):

Art. 10. É vedado ao agente público, na relação com parte interessada não pertencente à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou de organismo internacional de que o Brasil participe:

[...]

II - receber presente, transporte, hospedagem, compensação ou quaisquer favores, assim como aceitar convites para almoços, jantares, festas e outros eventos sociais;

[...]

§ 1º Não se consideram presentes, para os fins deste artigo, os brindes que:

I - não tenham valor comercial; ou

II - sejam distribuídos de forma generalizada por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos

especiais ou datas comemorativas, desde que não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

§ 2º Os presentes que, por qualquer razão, não possam ser recusados ou devolvidos sem ônus para o agente público, serão incorporados ao patrimônio da Presidência da República ou destinados à entidade de caráter cultural ou filantrópico, na forma regulada pela CEPR.¹⁵⁶

A Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, Lei de Conflito de Interesses, também traz em seu bojo a orientação de que é vedado ao ocupante de cargo ou emprego público do Poder Executivo federal receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou do colegiado do qual este participe, fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento (art. 5º, VI).

Nas relações entre Brasil e Estados Unidos, no que se refere à cooperação mútua entre os dois países nos casos de corrupção, são utilizados: tratados de assistência mútua em matéria criminal, tratado de extradição, memorandos de entendimentos sobre comércio de seguros e *comodities* futuras, dentre outros mecanismos de cooperação internacional capazes de criar subsídios para que as investigações possam chegar a bom termo. Em que pese o fato de várias instituições financeiras sediadas nos Estados Unidos, sobretudo em Nova Iorque e Miami, servirem de receptáculos para grandes somas de dinheiro oriundo de corrupção, o fato é que ambos os países vêm reforçando suas instituições e aumentando o número de acordos bilaterais com o objetivo de combater esta forma de criminalidade.

3.4 Corrupção e tráfico de influência internacional no Brasil

A lei 10.467/2002 acrescentou o Capítulo II-A ao Código Penal; este novel capítulo trata dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. Os artigos incluídos (artigos 337-B, 337-C e 337-D), definem respectivamente: a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional e a definição de funcionário público estrangeiro.

Sobre uma aproximação do tráfico de influência ao crime de corrupção, observa-se lição de Manuel A. Albanto Vásquez¹⁵⁷:

[...] el “tráfico de influencias” se acerca más al injusto típico del “cohecho”: se reprime com este tipo penal la “compraventa” de la influencia que se tenga o

¹⁵⁶ Decreto 4.081, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4081.htm>. Acesso em: 01/04/2015.

¹⁵⁷ ABANTO VASQUEZ, Manuel A. La lucha contra la corrupción em um mundo globalizado. *Revista peruana de ciencias penales*, n. 16, p. 36, 2005.

*pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del Derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcional. La práctica ha demostrado la urgente necesidad de reprimir estas conductas, aunque la técnica penal empleada por el legislador no siempre ha sido exitosa en todas partes. En Alemania la doctrina se recomienda la introducción de un tipo penal correspondiente, tomando el ejemplo de las legislaciones española, francesa y suiza.*¹⁵⁸

Apesar do Capítulo II-A (Crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira) estar inserido no Título IX do Código Penal (Crimes contra a Administração Pública brasileira), o sujeito passivo em questão não é de fato a Administração Pública brasileira, pois o agente público corrompido neste caso não é brasileiro, mas sim estrangeiro. Quando muito, poder-se-ia cogitar considerar a administração pública estrangeira como sujeito passivo, mas como considerá-la titular de um bem jurídico em uma situação na qual referida proteção seria oriunda de um outro país?

Sendo assim, como será visto mais adiante, toda a comunidade jurídica internacional é interessada no desenvolvimento econômico por intermédio da livre concorrência internacional.

Trata-se de “um novo bem jurídico, a lealdade no comércio internacional, interesse que pertence a todos os países e cuja proteção penal, punindo seus nacionais, cabe a eles próprios, individualmente e por intermédio de suas legislações internas”.¹⁵⁹

Esta alteração em nosso código penal vai nitidamente ao encontro da ideia de contribuir com os esforços da OEA no que diz respeito à harmonização da legislação dos países membros no intuito de atingir um combate mais eficaz contra a corrupção transnacional, atendendo aos objetivos da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção.

Outra vertente que justificaria a inclusão desses dispositivos no código penal seria a possibilidade de extradição daquele estrangeiro que cometesse algum desses crimes no Brasil, pois o art. 76, inc. II, da lei 6.815/80 proíbe a extradição se o crime praticado não

¹⁵⁸ Tradução Livre: “o ‘tráfico de influência’ está mais perto do injusto típico de ‘suborno’: se reprime com este tipo penal a ‘venda’ da influência que tenha ou que se possa ter com funcionários públicos; ou seja, se adiantam as barreiras do Direito penal para reprimir condutas que possam efetivamente influenciar no exercício da função pública. A prática tem demonstrado a necessidade urgente de reprimir estas condutas, embora a técnica penal utilizada pelo legislador nem sempre tem sido bem sucedida em todos os lugares. Na Alemanha a doutrina recomenda a introdução de um tipo penal correspondente, tomando como exemplo as legislações espanhola, francesa e suíça.”

¹⁵⁹ JESUS, Damásio E. de. Breves notas sobre o crime de corrupção ativa nas transações comerciais internacionais. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, n. 16, p. 35-37, 2003.

for tipificado no Brasil.¹⁶⁰

3.5 Bem jurídico tutelado nos crimes de corrupção e de tráfico de influência internacional

Quanto ao bem jurídico tutelado pela inovação trazida pela lei 10.467/2002, Luiz Regis Prado enfatiza que “a boa-fé, a regularidade e a transparência nas relações comerciais internacionais é que se veem abaladas com a prática dessas condutas, e não a Administração Pública nacional ou estrangeira”.¹⁶¹

Regis Prado relata que a demanda pela probidade por parte das empresas nas relações comerciais internacionais em uma situação de livre concorrência não é apenas de cunho ético, mas sim econômico. A partir da falta de confiança entre as empresas que integram o comércio internacional, verifica-se campo fértil para a prática de corrupção em face dos agentes públicos de cada país. Por isso, conclui que a corrupção transnacional resultaria mais grave que a própria corrupção interna, seja por conta do vulto dos valores envolvidos nessas transações ou pela falta de um controle maior dessas atividades, ou ainda, afetando o desenvolvimento do livre mercado a nível internacional. Destarte, uma vez distorcida a concorrência internacional, o Estado passa a pagar mais por produtos de qualidade duvidosa, desviando assim recursos que poderiam ser utilizados em programas sociais. E por esta novel forma de proteção, de interesse coletivo para todos os estados da comunidade internacional, cada Estado deve exercer jurisdição no sentido de tutelar esse bem jurídico que em verdade pertence a cada um dos Estados que compõe a comunidade internacional.¹⁶²

Damásio E. de Jesus faz referência à previsão constitucional do artigo 4º, inciso IX, segundo o qual descreve dentre os princípios que regem as nossas relações internacionais, o da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, incluindo-se aí o dever de honestidade, lisura e probidade nas transações comerciais internacionais.¹⁶³

¹⁶⁰ BORGES, Paulo César Corrêa. Corrupção transnacional. *Boletim IBCCRIM*, v. 11, n. 124, p. 11, 2003 apud *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25, p. 266-268, 2004.

¹⁶¹ PRADO, Luiz Regis. O bem jurídico tutelado nos novos delitos de corrupção e de tráfico de influência internacional. *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 119, p. 13-14, 2002.

¹⁶² PRADO, Luiz Regis. O bem jurídico tutelado nos novos delitos de corrupção e de tráfico de influência internacional. *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 119, p. 13-14, 2002.

¹⁶³ JESUS, Damásio E. de. Breves notas sobre o crime de corrupção ativa nas transações comerciais internacionais. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, n. 16, p. 37, 2003.

4. SISTEMA DE CONTROLE INTERNO, O FOCO DA COGER NO COMBATE À CORRUPÇÃO E MEDIDAS GERAIS APLICÁVEIS

4.1 Estrutura do Ministério da Fiscalização, Transparência e Controle

O Ministério da Fiscalização, Transparência e Controle (MFTC) (ex-Controladoria-Geral da União) foi criado em 28 de maio de 2003 com a publicação da Lei nº 10.683, de 20 de maio de 2003. O MFTC integra a Presidência da República e é o órgão encarregado de assistir direta e imediatamente o Presidente da República no desempenho de suas atribuições no tocante à defesa do patrimônio público, controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, atividades de ouvidoria e incremento da transparência na gestão no âmbito da administração pública federal.

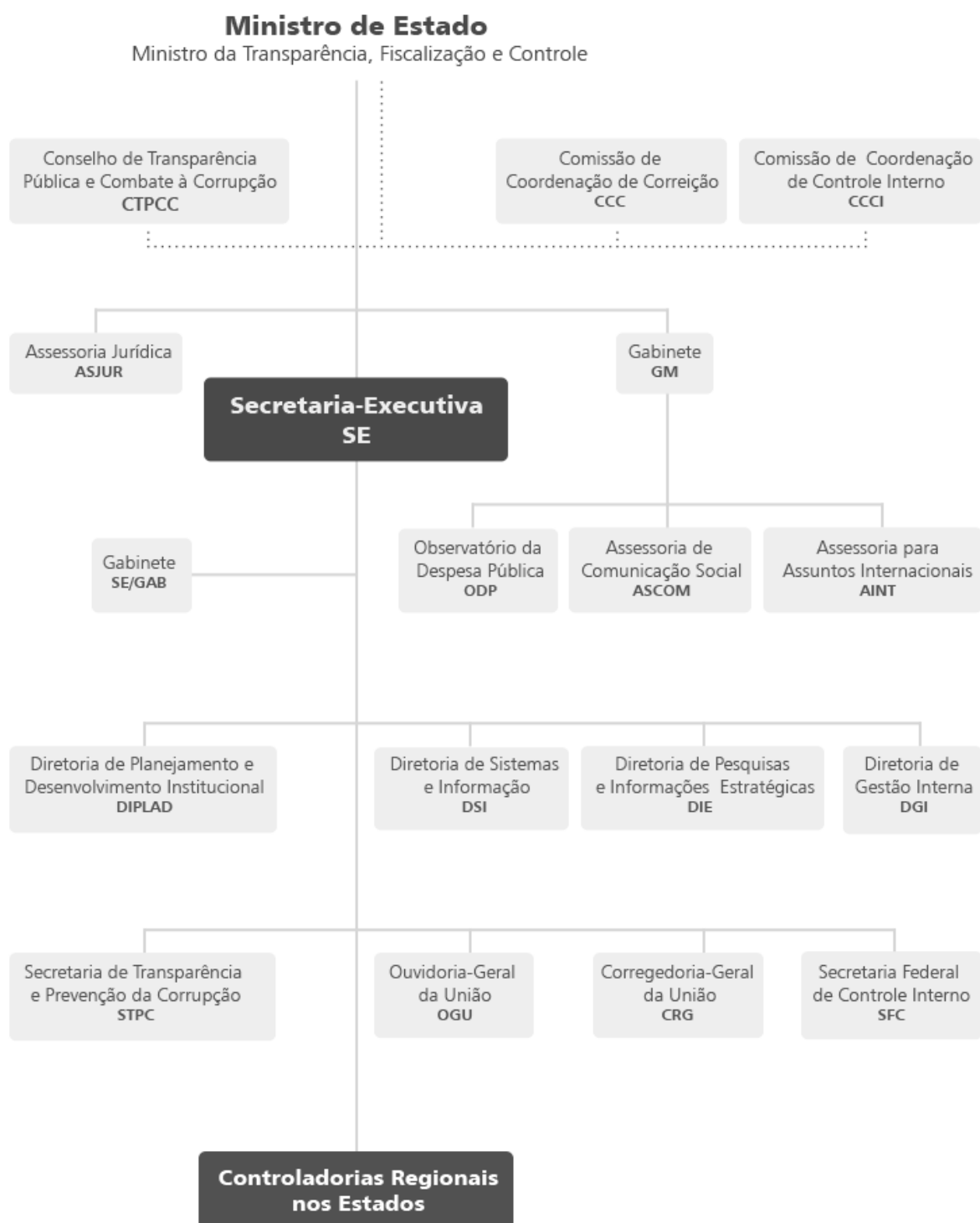
O Sistema de Controle Interno, o Sistema de Correição e as unidades de ouvidoria do Poder Executivo federal têm o MFTC como órgão central, exercendo a função de supervisão técnica sob os demais integrantes.

O MFTC incorporou a Corregedoria-Geral da União, criada em 2001 pela Medida Provisória nº 2.143-31, e que tinha o propósito de combater a fraude e a corrupção além de promover a defesa do patrimônio público. Antes da criação do MFCT as atividades de controle interno e de ouvidoria eram desempenhadas pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) vinculada ao Ministério da Fazenda e pela Ouvidoria-Geral da União vinculada ao Ministério da Justiça, integrando posteriormente a estrutura da Corregedoria-Geral da União em 28 de março de 2002, com o Decreto nº 4.177.

Reestruturada em 24 de janeiro de 2006, pelo Decreto nº 5.683, a CGU recebeu a Secretaria de Prevenção e da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), responsável por desenvolver mecanismos de prevenção à corrupção, sendo capaz de atuar tanto na prevenção quanto no combate efetivo da corrupção. Com o Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, a SPCI passa a ser chamada de Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), robustecendo a estrutura necessária para o cumprimento dos objetivos constantes de sua competência, sobretudo após o advento das leis de acesso à Informação, de Conflito de Interesses e Anticorrupção.

As quatro unidades finalísticas que compõem a estrutura da CGU são: A Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), Corregedoria-Geral da União (CRG) e Ouvidoria-Geral da União (OGU).

O organograma do MTFC¹⁶⁴ identifica as quatro áreas finalísticas nas quais a instituição desempenha suas atividades:



Fonte: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/organograma>

¹⁶⁴ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/organograma>>. Acesso em 09.05.2016.

A Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC) atua na formulação, coordenação e fomento de atividades voltadas para a prevenção da corrupção na administração pública e na sua relação com o setor privado. Também atua na promoção da transparência, acesso à informação, controle social, conduta ética e integridade em instituições públicas e privadas. É responsável pela cooperação com organizações nacionais e internacionais sobre temas relacionados à prevenção da corrupção, fomentando estudos e pesquisas visando à produção e disseminação de conteúdos relacionados à sua área de atuação.

A Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) é responsável por exercer as atividades de órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo federal, fiscalizando e avaliando a execução dos programas de governo, inclusive das ações descentralizadas realizadas com recursos oriundos dos orçamentos da União, também realiza auditorias e avalia os resultados da gestão dos administradores públicos federais, apura denúncias e representações, exerce o controle das operações de crédito, além de executar atividades de apoio ao controle externo.

Já a Corregedoria-Geral da União (CRG) atua na promoção, coordenação e acompanhamento da execução de ações disciplinares no sentido de apurar a responsabilidade administrativa de servidores públicos envolvidos em alguma forma de desvio de conduta ou ilícito administrativo disciplinar. Capacita servidores para comporem comissões de inquérito, levando a efeito a manutenção da prática do Direito Disciplinar, fortalecendo assim as unidades que compõem o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCOR), exercendo as atividades de órgão central deste sistema. A Corregedoria da Receita Federal é um órgão integrante desta estrutura do SisCOR que será detalhada mais adiante em função de suas peculiaridades e do seu grau de relevância para o estudo.

Por fim, a Ouvidoria-Geral da União (OGU) realiza a supervisão técnica das ouvidorias do Poder Executivo federal, orientando as unidades de ouvidoria do Poder Executivo federal. Todas as competências inerentes ao MFTC foram definidas na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003 e no Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013.

Fora as quatro áreas finalísticas da CGU, compõem sua estrutura demais conselhos, comissões, estrutura de gabinetes, assessorias e diretorias, além das Controladorias Regionais do MFTC nos Estados e que foram indicados no organograma reproduzido.

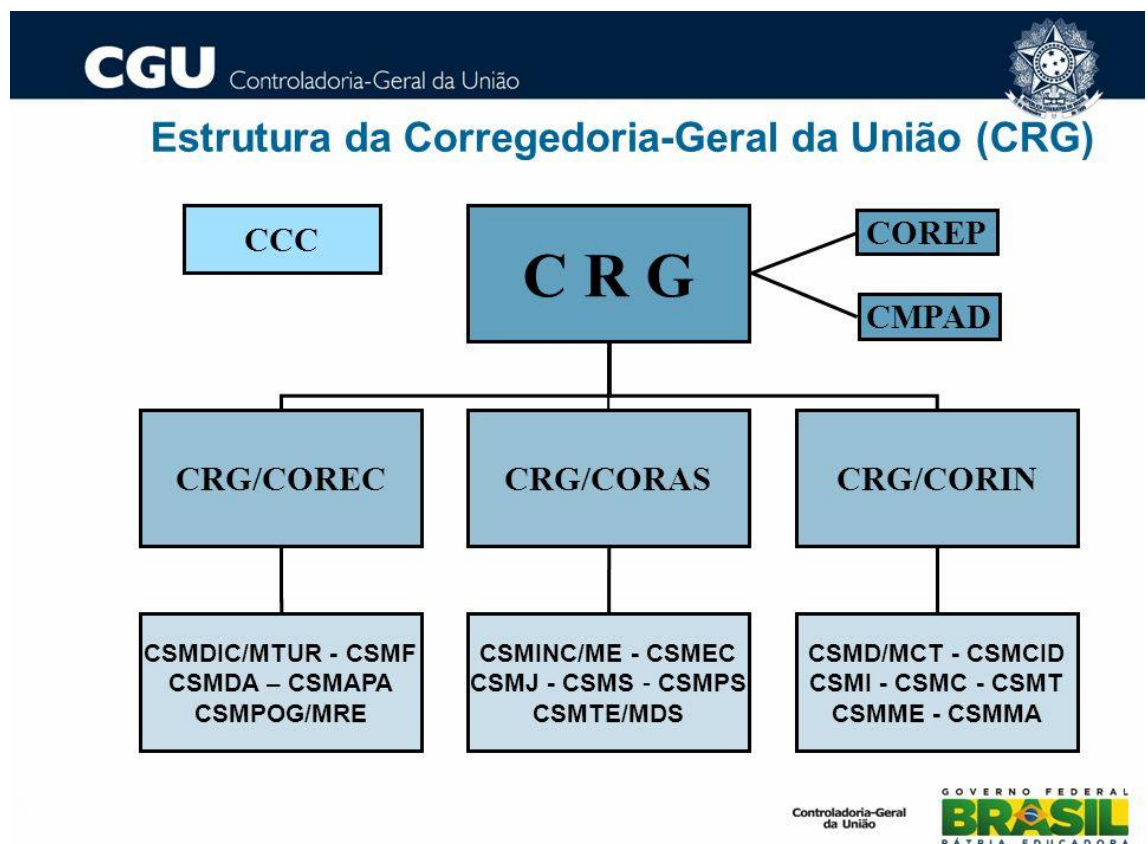
No escopo que este estudo requer, detalhando a estrutura dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, e conforme já mencionado, verifica-se que a atividade

final de repressão às infrações cometidas por servidores públicos federais no exercício de suas funções, será desempenhada no MFTC pela Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG) e suas projeções.

4.2 A Corregedoria-Geral da União (MFTC/CRG)

O Sistema de Correição do Poder Executivo federal, além de ter o MFTC como órgão central é também composto pela Corregedoria-Geral da União (MFTC/CRG) com três corregedorias adjuntas (de áreas social, econômica e de infraestrutura), corregedorias setoriais para atuação junto aos Ministérios, e corregedorias seccionais nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como suas autarquias e fundações públicas, um exemplo de corregedoria seccional é o caso da Corregedoria da Receita Federal, também compõe a estrutura do sistema a Comissão de Coordenação de Correição (órgão colegiado com funções consultivas). A Portaria CGU 335/06 estabelece quais são as competências da CGU e das corregedorias setoriais, preservando as normas das corregedorias seccionais.

Estrutura da Corregedoria-Geral da União



Fonte: <http://slideplayer.com.br/slide/7607444/>

4.3 A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda

O Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011 (alterado pelo Decreto nº 8.029, de 2013), prevê a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF), na estrutura regimental do Ministério da Fazenda, como corregedoria seccional. A Coger-MF integra o Sistema de Correição do Poder Executivo federal como unidade seccional, estando subordinada administrativamente ao Ministro da Fazenda e sob supervisão técnica da Controladoria-Geral da União. O Ministro de Estado da Fazenda indica o Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e nomeia seu Adjunto onde ambos exercerão mandato de três anos, admitida a recondução uma única vez, mediante aprovação prévia do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (MFTC/CRG).

Apesar de a Coger-MF ser um órgão de assistência direta do Ministério da Fazenda, não existe hierarquia entre ela e a Coger-RFB, assim como não há subordinação hierárquica entre estas e o MFTC. Em sede de Sistema de Correição do Poder Executivo federal o que há nestes casos é uma relação de orientação normativa e supervisão técnica.

A competência da Coger-MF é, portanto, residual para apurar ilícitos administrativos mediante instauração de processos disciplinares no âmbito do Ministério da Fazenda, ressalvadas as competências específicas das demais corregedorias dos órgãos do Ministério. Caso a irregularidade indicada envolva mais de um órgão integrante da estrutura do Ministério, também será competente a Coger-MF para solucionar o conflito. As infrações cometidas pelos titulares dos órgãos e conselheiros dos órgãos colegiados da estrutura organizacional do Ministério da Fazenda serão apuradas pela Coger-MF.

Quando, em determinada unidade dotada de corregedoria própria, o investigado ou acusado, à época dos fatos ou à época da instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento (DAS) superior ao do Corregedor, competirá à Coger-MF a apuração dos fatos imputados.

Compete ao Ministro de Estado da Fazenda instaurar processo administrativo disciplinar e comunicar a ocorrência ao órgão central do sistema de correição (MFTC/CRG), quando os atos forem atribuídos ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou ao Corregedor-Geral Adjunto.

4.4 A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil

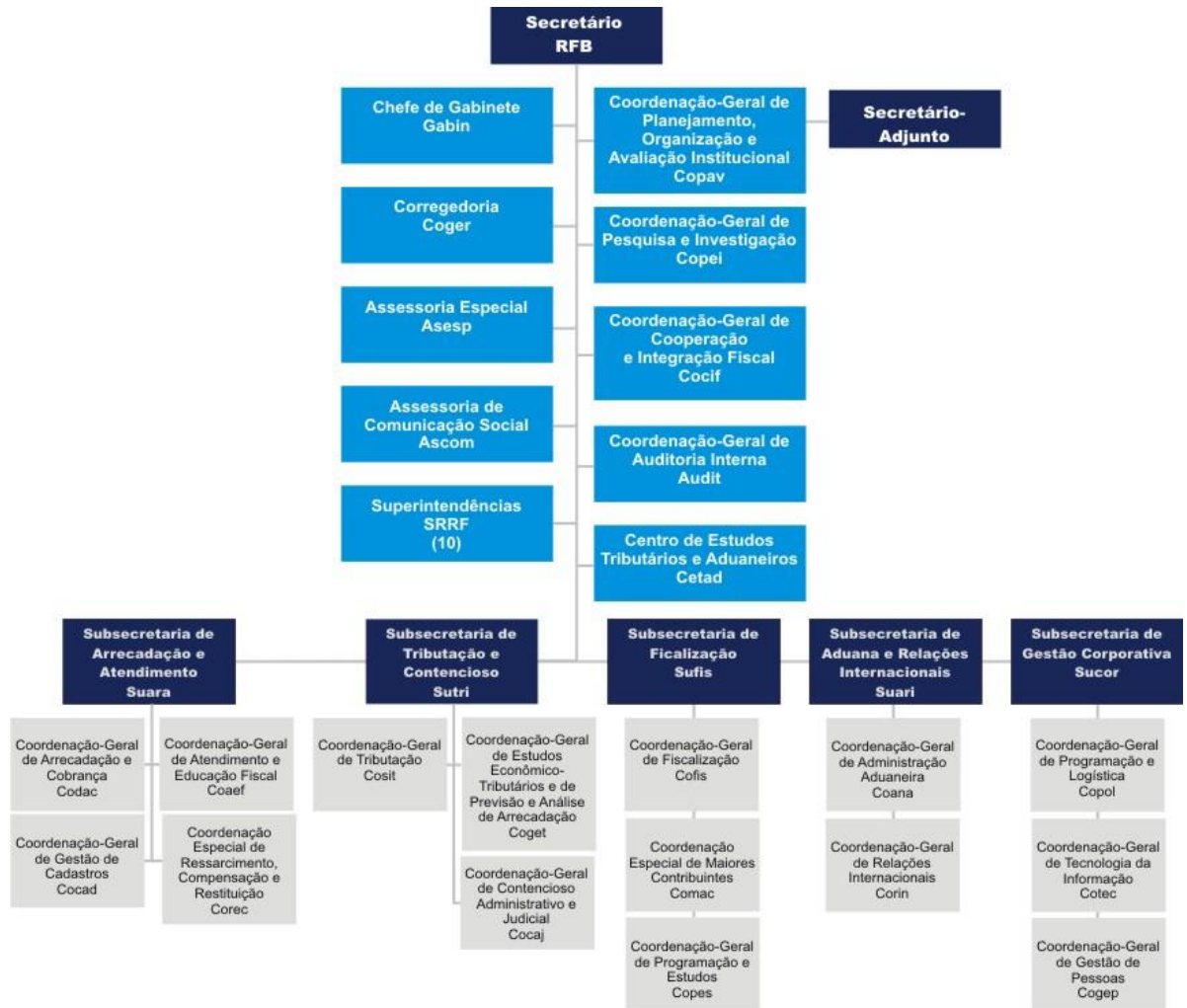
A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Coger-RFB, foi criada pelo Decreto 2331 de 1º de outubro de 1997, com cláusulas de segurança institucional e funcional, antes mesmo da criação da Controladoria-Geral da União (CGU).

A Coger-RFB, da mesma forma que a Coger-MF, classifica-se como unidade seccional do Siscor – PEF, e nos termos do art. 15-A e parágrafos, do Decreto 7482/11, o Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil será nomeado pelo Ministro de Estado da Fazenda por indicação do Secretário da Receita Federal do Brasil para um mandato de três anos prorrogáveis uma única vez por igual período, sempre mediante prévia aprovação do Órgão Central do Sistema Central de Correição do Poder Executivo federal (MFTC/CRG).

O sistema correcional na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) é unidade central de assessoramento direto do Secretário da Receita Federal do Brasil e possui competência exclusiva sobre disciplina na RFB.

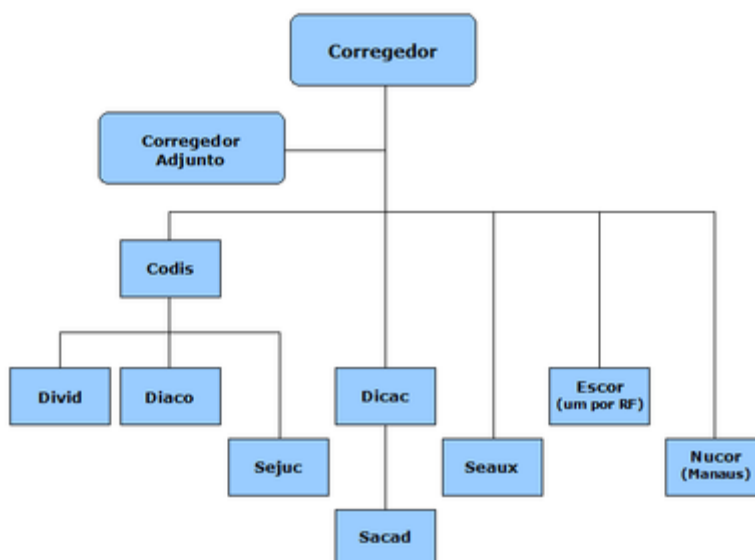
O atual Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF 203/12 estrutura a Coger-RFB com uma Coordenação (Coordenação Disciplinar), três Divisões, dois Serviços, uma Seção, dez Escritórios de Corregedoria (Escor) sendo um para cada uma das dez Regiões Fiscais e um Núcleo de Corregedoria (Nucor) em Manaus, na Segunda Região Fiscal, por motivos estratégicos, sendo que os escritórios regionais não guardam relação de hierarquia funcional com nenhuma Superintendência regional. O processo de trabalho a ser levado a efeito pela Coger-RFB é “Desenvolver a integridade funcional”.

Organograma da Receita Federal do Brasil



Fonte: www.receita.fazenda.gov.br

Organograma da Coger – RFB



Fonte: www.receita.fazenda.gov.br

Atualmente, o foco da atuação correcional da Coger–RFB é o combate à corrupção administrativa objetivando o desenvolvimento da integridade funcional dos seus servidores. A atuação correcional desempenha atividades estratégicas como a produção de conhecimento da própria RFB, com percepção de suas fragilidades institucionais e de seu quadro funcional; a melhoria da imagem da instituição perante demais órgãos de Estado (Poder Judiciário, Ministério Público Federal e Polícia Federal), imprensa de modo geral e toda a sociedade; contudo, o que representa uma maior possibilidade de impacto em termos de desenvolvimento econômico seriam os ganhos nos resultados operacionais, por meio de maior presença fiscal, proporcionando aumento significativo da arrecadação espontânea e maior eficiência no desempenho das atividades tipicamente aduaneiras. Um fisco menos corrupto aumenta a eficiência do processo de fiscalização e arrecadação de tributos, além de coibir práticas corruptas por parte do empresariado que passa a cumprir espontaneamente com suas obrigações tributárias acessórias e principais, facilitando a livre concorrência e desenvolvendo um mercado mais justo e competitivo.

É justamente este benefício em termos de eficiência do fisco federal que justifica os investimentos que devem ser colocados à disposição para a construção de uma corregedoria forte e atuante, principalmente quando diz respeito ao principal órgão de arrecadação de tributos em nível nacional, a RFB.

Na estrutura do sistema de correição dentro da RFB, a Coger – RFB se encarrega de supervisionar, coordenar, controlar, acompanhar e orientar os Escritórios de Corregedoria e o Núcleo de Corregedoria em Manaus a executarem ações preventivas ao desvio de conduta mediante investigações disciplinares, inclusive de natureza patrimonial, e também por ações repressivas em virtude de infrações disciplinares pela instauração de processos administrativos disciplinares (correição).

Existem dois eixos bem definidos de atuação da Coger–RFB no que diz respeito às suas competências de natureza técnica, são: a) a investigação disciplinar; e b) a atividade correcional. A administração e a supervisão globais e sistêmicas desses dois eixos recaem na unidade central na figura da Coordenação Disciplinar (Codis), nos termos do artigo 19 do Regimento Interno da RFB¹⁶⁵.

As ramificações provenientes dessas duas competências recaem, ainda no âmbito da Coger–RFB, nas atividades de uniformização e de supervisão a cargo de três divisões técnicas, são elas: Divisão de Investigação Disciplinar (Divid); Divisão de Análise Correcional (Diac); e Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac)¹⁶⁶.

Por último, desprovidos de uma previsão regimental que determine uma estrutura formal, os Escritórios de Corregedoria se organizam internamente em grupos de investigação disciplinar (trabalhos investigativos), atividades correcionais (execução de PAD), assessoramento (elaboração de análises e pareceres) e atividades auxiliares (trabalhos de secretaria).

Algumas cláusulas de proteção do sistema permitem certa dose de estabilidade para que não haja prejuízo em relação ao andamento dos trabalhos correcionais. O ingresso de novos servidores a serem lotados na Corregedoria inicia-se mediante intenção por parte do servidor interessado, possibilitando assim um banco de candidatos disponíveis para um processo de seleção. São servidores de carreira que ao serem selecionados, após três anos de lotação e exercício em unidades da Corregedoria poderão escolher sua nova lotação dentre uma de qualquer das unidades da RFB.

¹⁶⁵ Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37965>>. Acesso em: 12/05/2016.

¹⁶⁶ Esta Divisão, no organograma da Coger-RFB ora apresentado, ainda não se encontra subordinada à Codis e antes se destinava à produção de informações relacionadas ao controle administrativo das estatísticas correcionais assessorando o Corregedor no planejamento, organizando indicadores de gestão, sendo que hoje na prática essas atividades estão concentradas na figura de um Assessor. Atualmente a Dicac foi reestruturada para ser uma Divisão técnica e subordinada à Codis, assim como a Divid e a Diac. A nova Divisão será renomeada e com o advento da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) se encarrega de trabalhar os Processos Administrativos de Responsabilização de Entes Privados no âmbito da RFB.

Os servidores lotados na Coger-RFB têm garantia de não serem removidos para fora do sistema de corregedoria antes de dois anos, salvo a pedido ou de ofício para mandato de julgador ou chefia. Independentemente da carreira a que pertença, o servidor lotado na Coger-RFB terá avaliação funcional máxima para a progressão na carreira.

4.4.1 A corrupção nos órgãos de arrecadação

É importante destacar a importância dispensada ao controle da corrupção nos órgãos de arrecadação e fiscalização de tributos. O motivo é óbvio e diz respeito aos elevados valores envolvidos nas transações, que não se limitam apenas ao arrecadado pela União, mas também nas demais esferas de arrecadação (Estados, Distrito Federal e Municípios). O fato é que a corrupção entranhada nestes órgãos atinge toda a riqueza arrecadada no país e que tem origem na contribuição de cada indivíduo isoladamente considerado na sociedade, além do conjunto de empresas que também contribuem com o produto interno.

A título de informação, no momento em que esta tese é escrita, eclodiu em março de 2015 a **Operação Zelotes**. Desencadeada pela Polícia Federal, a operação atinge o Conselho Administrativo de Recursos Federais (CARF), órgão colegiado vinculado ao Ministério da Fazenda responsável pelo julgamento em segunda instância dos recursos administrativos interpostos em face da União, composto por representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes. A primeira instância recursal cabe às Delegacias de Julgamento (DRJ's) que são estruturadas na Receita Federal do Brasil (RFB).

A operação Zelotes denuncia um esquema em que Conselheiros e servidores do CARF identificavam processos de empresas com autos de infração de valores elevados. A partir daí, captadores entravam em contato com essas empresas oferecendo serviços de reversão ou atenuação das multas aplicadas, mediante articulação junto a Conselheiros do CARF. Após o aceite do acordo, as empresas beneficiadas pelo esquema pagavam aos captadores que se encarregavam de transferir os valores para empresas ligadas ao esquema e com isso distribuírem os valores aos Conselheiros e servidores corrompidos.

O esquema de sonegação é um dos maiores já identificados no país, para se ter uma ideia dos valores envolvidos, o CARF julga hoje processos que juntos, segundo

informações prestadas pelo próprio órgão¹⁶⁷, somam aproximadamente R\$ 565 bilhões.¹⁶⁸ Já os desvios podem chegar à R\$ 19 bilhões¹⁶⁹. Pelos valores é possível, indiscutivelmente, concluir que justifica-se um investimento considerável em instrumentos de combate à corrupção dentro dos órgãos de arrecadação, ainda que em detrimento de outras áreas menos prioritárias.

Apesar da corrupção que emerge da Operação Zelotes não parece razoável concordar com opiniões mais radicais e que sugerem a extinção do órgão como forma de se acabar com a corrupção no órgão, seria parecido com o popular “matar a vaca para acabar com o carrapato”, afinal, o CARF é uma instituição com 90 anos de atuação e altamente especializado na discussão jurídico-tributária em relação aos tributos de competência federal, desonerando o judiciário de uma sobrecarga neste setor, além de contribuir para a homogeneização da matéria em âmbito nacional através de suas teses e acórdãos. O quadro de Conselheiros (dos contribuintes e da Fazenda) e demais servidores que atuam e que atuaram no órgão não podem ter sua reputação manchada por atos de corrupção isolados que quando muito, dizem respeito àqueles que se propuseram a participar do referido esquema. O órgão em si, continua implementando uma série de melhorias de gestão e de combate aos ilícitos referenciados, como sorteio eletrônico de processos, controle dos prazos processuais e de postergações injustificadas, aperfeiçoamento do processo de seleção, designação e avaliação de Conselheiros, transparência institucional através da divulgação de informações relevantes no sítio do CARF e a instituição da Comissão de Ética.

4.4.2 Operação Paraíso Fiscal

A Operação Paraíso Fiscal representa verdadeiro *leading case* visando corroborar esta ideia, servindo de modelo de aplicação para todos os órgãos públicos em nível federal, estadual, distrital ou municipal.¹⁷⁰

¹⁶⁷CARF. Estoque de processos em valor. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>>. Acesso em: 08/04/2015.

¹⁶⁸FOLHA DE SÃO PAULO. 12 empresas negociaram propina no Carf, diz PF. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1610495-12-empresas-negociaram-propina-no-carf-diz-pf.shtml>>. Acesso em: 08/04/2015.

¹⁶⁹Operação Zelotes investiga corrupção no “tribunal” da Receita. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/operacao-zelotes-investiga-corrupcao-no-tribunal-da-receita-15703387>>. Acesso em: 08/04/2015.

¹⁷⁰ Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/07/quase-quatro-anos-depois-da-operacao-receita-multa-empresas-em-r-24>>. Acesso em: 29/12/2016.

Desde que foi deflagrada a Operação Paraíso Fiscal, a Receita Federal multou 60 empresas e 32 pessoas em R\$ 2,4 bilhões por envolvimento em fraudes, no município de Osasco, região metropolitana de São Paulo. Deflagrada em agosto de 2011, em conjunto com a Polícia Federal, foi a maior operação de combate à corrupção da história da Corregedoria da Receita Federal, tanto pela quantidade de servidores investigados quanto pelo valor de crédito tributário que deixou de ser constituído. Vários servidores foram presos além de empresários envolvidos em sonegação fiscal e crime contra a ordem tributária, também constatou-se na época a maior apreensão em dinheiro em espécie na história da Polícia Federal.

Foram abertos processos administrativos disciplinares contra dez servidores, do total de R\$ 2,4 bilhões, R\$ 1 bilhão em bens já foi bloqueado para garantir o ressarcimento ao Poder Público.

O esquema descoberto pela investigação envolvia a "venda de fiscalizações" por auditores fiscais lotados na Delegacia da Receita Federal em Osasco. As investigações começaram com a denúncia de um ex-auditor, encaminhada ao Escritório de Corregedoria da Receita Federal em São Paulo. A venda de fiscalizações e de informações privilegiadas era feita da seguinte forma: empresários da região de Osasco eram abordados por servidores públicos corruptos, que deixavam de autuá-los em troca de vantagens financeiras. Uma outra forma de corrupção era realizada quando auditores prestavam consultoria para empresas já autuadas pela Receita, buscando invalidar os processos.

4.5 Medidas gerais aplicáveis no combate à corrupção

4.5.1 Análise de instrumentos repressivos e preventivos para um modelo “integrado” de combate à corrupção

Existe, portanto, a necessidade de se construir um modelo integrado de combate à corrupção adequado ao direito penal, de forma que não restem prejudicados os princípios que norteiam a disciplina penal com suas respectivas garantias, mas que por outro lado satisfaça a tendência internacionalmente reconhecida de forma a imprimir uma maior eficácia no combate aos delitos de corrupção.

4.5.2 O reforço do sistema repressivo da corrupção

Francesco Cingari recomenda que a reforma do sistema repressivo em face da corrupção deve perseguir ao menos três objetivos: primeiro, deve buscar reduzir a lacuna provocada pelo isolamento em que se encontram os fatos típicos penais de um lado, e a real manifestação dos delitos de corrupção, de forma mais dinâmica e mutável em relação àqueles; aumento do nível de efetividade das penas dos crimes de corrupção e, por fim, identificar medidas substanciais e processuais capazes de favorecer a descoberta da corrupção.¹⁷¹

4.5.3 A adequação da estrutura dos delitos de corrupção às mutações do fenômeno corruptivo: entre a exigência de garantia e de efetividade

Conforme já mencionado, um dos maiores problemas a serem enfrentados na persecução aos delitos de corrupção diz respeito à lacuna de tutela existente entre os atos tipificados e aqueles que se apresentam como mutações havidas no desenvolvimento da complexidade desses delitos e que, portanto, não estão previstos como crime.

Uma possibilidade seria atualizar as previsões já existentes com novos fatos típicos de forma a contribuir com uma possibilidade maior de aplicabilidade do recurso penal. A outra, conforme dito anteriormente, seria a criação de um tipo unitário capaz de absorver as diversas possibilidades de mutação criminógena da corrupção principalmente em sua forma sistêmica, é o que ocorre na Inglaterra em seu *Bribery Act* 2010¹⁷².

No primeiro caso, torna-se necessário criar a possibilidade de punição do ato cujo objeto não é a venda de um ato de ofício praticado por determinado agente público, mas sim a venda da influência que este pode exercer sobre o real agente competente para o exercício do ato desejado pelo terceiro interessado. A título de exemplo, fala-se da influência exercida indevidamente de um servidor público sobre outro servidor público que seria competente para a prática de um determinado ato de ofício, direcionando-o a praticar referido ato na forma como desejada por um terceiro interessado. Este ato não se enquadra no fato típico da corrupção seja ela própria ou imprópria. No direito italiano, trata-se

¹⁷¹ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In: PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 35.

¹⁷² Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em: 01/01/2017.

apenas de abuso de ofício da parte do agente que exerce a influência indevida sobre o agente competente para a prática do ato e que não receberá nenhuma vantagem indevida pela prática do ato de ofício. Neste caso, portanto, não haveria como imputar o crime de corrupção ao agente que exerce a influência indevida.

A questão vem sendo amplamente debatida na Itália e deve culminar na adoção do crime de tráfico de influência indevida com agravante caso o agente influenciador seja um agente público, seguindo as orientações da Convenção penal sobre corrupção de Strasburgo de 1999 e da Convenção ONU de Mérida de 2003. A principal crítica a este novo tipo penal recai sobre a falta de uma maior regulamentação do teto da lei, deixando a desejar em relação a um maior garantismo dos princípios penais envolvidos.

Também entra em cena a possibilidade de considerar um fato típico *ad hoc* no sentido de punir a corrupção pelo exercício de função, para os casos em que se busque punir não um fato determinado e específico, mas um fato cujo objeto seja justamente a função ou a qualidade de que é titular o agente público.

4.5.4 O problema da falta de efetividade dos delitos de corrupção

A questão passa invariavelmente pela necessidade de aumento da pena nos casos de corrupção. No entanto, medidas de aumento de pena quando tomadas de forma isolada e sem o devido acompanhamento de outros instrumentos extrapenais, servem apenas para satisfazer o plano político, refletindo para a sociedade a falsa aparência de que se está diante de uma ação repressiva eficaz, mas que na verdade se presta apenas a repercutir seus ecos iludindo a opinião pública. Quando muito, consegue-se obter algum resultado no campo processual, aumentando o prazo prescricional.

Resultados mais eficazes seriam obtidos mediante alterações nas penas acessórias aos crimes de corrupção, como, por exemplo, aplicando-se uma interdição ao servidor público condenado por corrupção de forma que seja afastada a possibilidade de assunção de cargo público durante um prazo determinado.

4.5.5 O reforço dos instrumentos de avaliação/controlado da corrupção

O controle da corrupção sofre tanto com o caráter sinalagmático do pacto corruptivo quanto com a feição assumida pela corrupção sistêmica. E aqui, mais uma vez,

coloca-se como obstáculo a associação existente entre corruptor e corrupto nos crimes de corrupção, tornando praticamente impenetrável a união criminosa.

A impossibilidade negocial da ação penal desencadeada e a ausência de instrumentos processuais como a delação premiada, ou até mesmo como ocorre na *common law* onde o promotor pode até mesmo renunciar à persecução penal em face do acusado em troca de colaboração, impedem o aumento do número de denúncias com o consequente enfraquecimento do laço de cooperação entre corrupto e corruptor.

Remanesce neste ponto uma discussão de difícil resolução. Seria realmente eficaz para a redução dos índices de corrupção a não punibilidade do réu envolvido em um caso de corrupção e que contribua de forma eficaz com a revelação do pacto, ou esta medida se prestaria tão somente ao acertamento dos casos concretos sem representar um impacto substancial para o sistema como um todo? E, ainda, não seria uma medida tendente a “prejudicar” o servidor público em face do particular que denunciasse a relação considerando apenas uma das partes como o grande mal a ser condenado, em que pese o fato de o servidor público ser o detentor do objeto de interesse da relação? De qualquer forma, são questões que se colocam somente diante da possibilidade de inocentar um dos réus, fossem medidas de mera redução da penalidade considerada, não nos parece que o mesmo efeito seria alcançado.

Outro fator ao qual pode-se fazer referência diz respeito às medidas de proteção a terceiros denunciadores que pertençam a uma das instituições envolvidas, seja ela pública ou privada, impedindo a demissão imotivada de *whistleblowers* (denunciadores) que venham informar acerca de atos de corrupção de que tenham tomado conhecimento.

Por último, no controle judiciário sobre os atos de corrupção, desempenham papel fundamental tanto as interceptações telefônicas, consideradas imprescindíveis frente à pulverização dos atos de corrupção em um contexto de corrupção sistêmica quando comparadas com as tradicionais técnicas de investigações via operações bancárias, quanto os chamados crimes satélites como os de falsidade contábil e demais crimes tributários, potencializando assim as possibilidades de persecução penal, além de uma atenção mais acurada no que diz respeito ao crime de abuso de ofício, em relação ao servidor público que se utiliza da posição em proveito próprio ou de outrem. Também se presta à devida efetividade das instigações a correta disciplina das investigações secretas, na Itália já autorizada para os crimes que envolvam tráfico de drogas, pedofilia, falsificação além de

restar prevista nos termos do artigo 23 da Convenção penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999¹⁷³, nos seguintes termos:

Artigo 23.º

Medidas que visem facilitar a recolha de provas e a perda dos produtos

1 - Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias, incluindo as que permitem o uso de técnicas de investigação especiais, em conformidade com o seu direito interno, tendo em vista facilitar a recolha de provas relacionadas com as infracções penais previstas nos artigos 2.º a 14.º da presente Convenção e permitir identificar, localizar, apreender e declarar perdidos os instrumentos e os produtos do crime de corrupção ou outros bens cujo valor corresponda àqueles produtos, que possam ser abrangidos pelas medidas previstas no artigo 19.º, n.º 3, da presente Convenção.

2 - Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para conferir poder aos seus tribunais, ou a outras autoridades competentes, para ordenarem a comunicação ou a apreensão de registos bancários, financeiros ou comerciais, com vista à execução das medidas previstas no n.º 1 do presente artigo.

3 - O segredo bancário não constituirá obstáculo à aplicação das medidas previstas nos n.os 1 e 2 do presente artigo.

4.5.6 O reforço do sistema preventivo contra a corrupção

Pelo exposto, torna-se evidente a necessidade de implementação de instrumentos emergenciais e também de longo prazo sob coordenação de uma Autoridade Nacional diretamente responsável pelo tema. Sobretudo, ações direcionadas ao enfraquecimento da corrupção sistêmica devem ser implementadas, entre elas, alterações na forma de acesso e permanência no serviço público. Nesse sentido, não se coadunam com esta tendência o atual modelo de ingresso de pessoal no serviço público e muito menos a rigidez estatutária no que diz respeito à falta de instrumentos de aferição e identificação de condutas inadequadas e as respectivas sanções. Urge a revitalização de institutos disciplinares como via de opção ao direito penal, até porque as aplicações de sanções administrativas se mostram mais céleres e assim possibilitam uma rápida resposta às práticas de corrupção.

O reforço que se sugere em termos de novos mecanismos a serem implementados na estrutura da administração pública pode ter sua origem baseada nos *compliance programs* anticorrupção verificados nas grandes corporações, conforme já mencionado neste trabalho, e cujas características expõem o que há de mais moderno relacionado ao tema do combate à corrupção.

¹⁷³ Conforme incorporado ao Direito Português nos termos da Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26 de Outubro: Convenção Penal sobre a Corrupção. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar68_2001.html>. Acesso em: 04/02/2014.

4.5.7 O problema da proibição de candidatar-se, do conflito de interesse e procedimento de urgência

Na Itália, segundo previsão legal no TUEL 267/2001, existe proibição de candidatar-se a cargo de ente público local ou ao parlamento. Disciplina semelhante poderia tornar-se efetiva também como requisito para assunção de todo e qualquer cargo público e, nesse sentido, mencionam-se os recentes projetos de lei anticorrupção na Itália: A.S. n. 2164 (Li Gotti e outros) e A.S. n. 2168 (D'Alia).¹⁷⁴

No Brasil, proibição semelhante existe no campo político e administrativo (no caso de servidores públicos) para o caso de condenações por improbidade administrativa e posteriormente com o advento da lei da ficha limpa.

O devido cuidado deve ser tomado no sentido de identificar situações em que o conflito de interesses entre o público e o privado sejam claramente percebidos, medidas proibitivas podem facilmente ser agregadas para evitar a ocorrência desse choque.

Ainda, situação exclusiva na Itália se refere à aplicação do procedimento administrativo extraordinário em face do procedimento ordinário. Nos termos da lei nº 225 de 24 de fevereiro de 1992, que disciplina a declaração de estado de emergência, também faz referência à calamidade de ordem natural e outros eventos que podem ser opostos aos meios e poderes ordinários. O que se questiona é que muitas vezes essa excepcionalidade não é utilizada somente nas imprevisíveis situações de emergência, mas também para sobrepor-se ao estado de ineficiência em que a administração pública italiana se encontra.

4.5.8 A “revitalização” do sistema disciplinar

Sobre a imprescindibilidade de um sistema disciplinar evoluído no sentido de prover a administração pública de instrumentos eficientes de combate à corrupção sem a necessidade de esperar pela via penal ou mesmo em período anterior à concretização do ato de corrupção, evitando-o, Francesco Cingari acrescenta que *“Ma un solido apparato preventivo non può prescindere da un credibile, efficiente, e soprattutto coerente con le peculiarità del datore di lavoro pubblico, sistema disciplinare dei pubblici agenti”*.¹⁷⁵¹⁷⁶

¹⁷⁴ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In: PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 46.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 47.

Pietro Barrera também ecoa na doutrina italiana ao afirmar que o exercício do poder disciplinar pode contribuir com ações de prevenção e combate aos atos de corrupção na administração pública, admitindo tratar-se de:

[...] una leva parziale, limitata (non tocca la sfera politica), ma ha il pregio di chiamare in causa la responsabilità individuale di ogni dirigente e dipendente pubblico, e di segnalare comportamenti che – senza (ancora) violare la legge penale – creano però l’humus favorevole per deviazioni ben più gravi.¹⁷⁷¹⁷⁸

O sistema disciplinar permite cuidar de determinadas situações que não poderiam ou não deveriam ser tuteladas pelo direito penal em função do princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, como o fato de proibir, por exemplo, o servidor público de receber presentes ou brindes sem qualquer motivo ou mesmo após o devido cumprimento de seu dever funcional. No serviço público federal, o Código de Conduta da Alta Administração Federal estabelece o valor mínimo para o recebimento desses bens¹⁷⁹. Medidas como esta atuam em momento anterior ao ato de corrupção, recomendando ou até mesmo impedindo que o ato venha ocorrer, atuando na prevenção desses ilícitos.

Ao analisar a reforma do sistema disciplinar italiano destinado aos servidores da administração pública, a lei nº 15 de 4 de março de 2009 e o decreto legislativo nº 150 de 27 de outubro de 2009, Francesco Cingari nos informa que é preciso reforçar o sistema disciplinar italiano com medidas mais incisivas tanto no que diz respeito ao substancial quanto procedimental. Cingari não entende como motivos para ocasionar a demissão do servidor público o fato de falsificar a caderneta de presença (art. 55, quarter, a, d.leg. 165/2001), ou por recusar seu transferência sem a devida justificativa (art. 55, quarter, c, d. leg. 165/2001), mas que, no entanto, não prevê a demissão do servidor público que se

¹⁷⁶ Tradução Livre: “Mas um aparelho preventivo sólido não pode prescindir de um sistema disciplinar de servidores públicos que tenha credibilidade, eficiência e acima de tudo que seja coerente com as peculiaridades do empregador público”.

¹⁷⁷ BARRERA, P. La responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici. In: MERLONI, F.; VANDELLI, L. (Org.). *La corruzione amministrativa*. Firenze: Passigli Editori, 2010, p. 245.

¹⁷⁸ Tradução Livre: “[...] um estímulo parcial, limitado (não atinge a esfera política), mas que tem a vantagem de chamar a responsabilidade individual de cada diretor e servidor público, e indicar comportamentos que – sem (ainda) violar a lei penal -, no entanto criam um terreno fértil para os desvios mais graves”.

¹⁷⁹ Art. 9º É vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade.

Parágrafo único. Não se consideram presentes para os fins deste artigo os brindes que:

I - não tenham valor comercial; ou

II - distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Código de Conduta da Alta Administração Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/codi_conduta/Cod_conduta.htm>. Acesso em 21/12/2016.

demonstra infiel ao aceitar indevidamente doações por motivo de sua função ou cargo, ou ainda, se favorece interesse privado em detrimento do interesse público.¹⁸⁰

4.5.9 Modelos organizacionais anticorrupção na administração pública: para uma responsabilização punitiva da pessoa jurídica pública?

O modelo italiano nos sugere a introdução de um programa de conformidade (*compliance program*) anticorrupção nos moldes do previsto no decreto legislativo 231/2001, no sentido de equilibrar as exigências de prevenção e a eficiência da administração pública.

Em termos de estruturação, são dois os modelos a serem propostos: um modelo de recompensas e um modelo punitivo. No sistema de recompensas premia-se com incentivos econômicos o órgão público que mediante aplicação de algum método de mensuração do seu nível de corrupção consiga demonstrar que mantém um adequado programa de *compliance*. Por outro lado, no sistema punitivo, aplicam-se as devidas sanções aos servidores públicos responsabilizados e/ou ao órgão ao qual pertencem os servidores envolvidos desde que seja instituída uma possibilidade de aplicação de sanção para órgãos da administração pública.

No ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, conforme já mencionado, resta acrescentar que só recentemente entrou em vigor a lei anticorrupção que prevê sanções administrativas para as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção praticados por seus empregados. Para uma disciplina em matéria de direito penal e principalmente em face de órgãos públicos, há muito que percorrer, haja vista a disciplina do dogma da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público.

4.5.10 O controle da corrupção por meio da efetivação de uma esfera pública segundo Habermas

A partir da teoria do discurso de Habermas, é possível perceber a importância da esfera pública na efetivação de uma política de combate à corrupção há muito aferida nos anseios dos indivíduos integrantes da sociedade brasileira. A teoria discursiva de Habermas

¹⁸⁰ CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In: PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011, p. 47-48.

tem plena aplicação na filosofia jurídica e deve ser considerada em prol da integração social, além da democracia e da cidadania. Essa teoria se devidamente aplicada pode significar a possibilidade de um controle mais efetivo da corrupção, ampliando o leque possibilidades no enfrentamento da questão. O que interessa não é simplesmente a escolha ou a imposição de uma via de solução dentre tantas possíveis, mas sim a melhor escolha baseada no consenso de todos os interessados. Longe do esgotamento das múltiplas vias que possibilitam solucionar o problema proposto, espera-se ao final celebrar o fim da arbitrariedade e da coerção nas questões litigantes que circundam toda a sociedade, propondo a participação efetiva dos cidadãos nos litígios que visam à obtenção da tão almejada justiça. Esse é o agir comunicativo que se ramifica no discurso de Habermas e é por ele que se buscará mais uma proposta de combate e controle da corrupção.

4.5.10.1 A teoria do discurso de Habermas

Linguagem e ação, mais que duas palavras, são dois conceitos que permearão toda a filosofia quando inserida em seu sentido crítico, na medida em que se pretende atribuir a ela a característica de agente modificador das estruturas sociais. Diante de um cenário pós-moderno, o exercício a ser posto em prática diz respeito à incitação para um debate qualificado entre indivíduos socializados e conscientizados, capazes de proceder à efetivação real de suas argumentações baseadas em um consenso e não da aceitação das regras impostas por grupos de interesses enraizados.

Eduardo C. B. Bittar nos apresenta importante lição ao contrapor a intenção da teoria crítica com o que preceitua a teoria tradicional, bem como a falta de legitimidade desta quando comparada com aquela:

Diante do cenário de discussões a respeito da pós-modernidade, vale seja refeita a questão que classicamente ocupa a filosofia, qual seja, a de seu sentido. Ao contrário de ser questão de somenos importância, é relevante a clássica pergunta sobre a utilidade da filosofia. A pergunta sobre a utilidade da filosofia ganha sentido desde que pensada não enquanto projeção da existência utilitária e pragmática de mercado, e nem como manifestação de qualquer forma de dogmatismo cientificista, mas no interior do debate sobre a práxis do pensamento, ou seja, de seu compromisso social. Por isso a teoria crítica nega legitimidade à teoria tradicional e sua inspiração no pensamento burguês, na medida em que este promete progresso e realiza ilusão, promete liberdade e e

realiza opressão, além de conduzir à incrementação da desigualdade e da reificação, estagnando a possibilidade de transformação social.¹⁸¹

Max Horkheimer nos apresenta em sua obra seminal *Teoria Tradicional e Teoria Crítica* o conceito de razão instrumental, que designa o estado em que os processos racionais são plenamente operacionalizados, opondo-se à razão crítica. Segundo o conceito de razão instrumental, o sujeito do conhecimento toma para si a decisão de que conhecer é dominar e, portanto, controlar a natureza e os seres humanos. Nesse sentido, a razão ocidental se caracteriza pela elaboração dos meios para a obtenção de determinados fins. A razão instrumental faz com que a ciência deixe de ser uma forma livre de acesso aos conhecimentos verdadeiros para se tornar um instrumento de dominação, poder e exploração.

No entanto, mesmo antes de Horkheimer, muitos clássicos já se preocupavam em desvendar as bases das sociedades modernas, sobretudo em relação ao seu caráter eminentemente mercantil, como no caso de Max Weber, em *Economia e Sociedade*, que relacionou o surgimento da modernidade com o predomínio da ação racional com relação a fins, ou seja, quando o indivíduo orienta sua ação pelos fins a que se propõe e objetiva, ou ainda, pelos meios e consequências secundárias do seu agir, ponderando os meios em relação aos fins. Para Weber, essa forma de agir escraviza o ser humano, reprimindo sua sensibilidade e demais formas de manifestação da conduta humana, gerando um universo de especialistas sem espírito, carentes de uma noção de todo, carência essa provocada por uma cegueira oriunda de uma preocupação direcionada para o objetivo final de suas ações.

Jürgen Habermas, ao abordar o tema da modernidade, também critica a ação racional com relação a fins (razão instrumental), mas ao contrário de Max Weber, que era pessimista em relação à modernidade e ao futuro da humanidade, Habermas mantém sua crença no projeto moderno e no crescente desenvolvimento da razão como base para a emancipação humana, propondo a substituição do racionalismo instrumental pelo racionalismo comunicativo que se expressa através do discurso.

Jürgen Habermas demonstra sua preocupação com um mundo tecnicizado, preocupado somente com o desenvolvimento econômico, fazendo com que a linguagem perca a sua autonomia. Em um mundo cada vez mais preocupado com o avanço do desenvolvimento econômico, observamos que, no campo político, o estado se preocupa

¹⁸¹ BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 26.

basicamente na solução dos problemas de ordem técnica que possam estar relacionados ao impedimento a um melhor desempenho econômico. Esse, portanto, seria o papel da política na contemporaneidade, o que provoca, de certa forma, um processo de despolitização, em que cada vez menos os cidadãos se interessariam por um fórum de discussão de questões pertinentes às suas vidas pelo simples fato de que não veriam seus anseios escritos em normas garantidoras dos seus direitos.

A proposta de Habermas, a partir do conceito do agir comunicativo (uma das esferas do agir humano), é justamente descomprimir esta esfera do agir humano aprisionada pela lógica da racionalidade instrumental.

O pensamento habermasiano se circunscreve em um projeto de esclarecimento contínuo. Segundo Flavio Beno Siebeneichler¹⁸², Habermas apoia seu pensamento numa teoria da racionalidade abandonando o purismo da razão pura e aparando-se numa razão comunicativa historicamente situada na praxis social. Suas raízes são diversificadas e seu método construtivista sendo crítico e autocrítico permite a manutenção de uma dialética (crítica dialética oriunda de Hegel) fundamental para suas pretensões que visam diagnosticar uma sociedade moderna que padece de um processo de racionalização desenfreado, ou seja, de uma racionalidade irracional.

Em sua aula inaugural na Universidade de Frankfurt em 1965, Habermas reafirma uma das convicções mais antigas de seu pensamento, qual seja: a ideia inspirada no diálogo socrático de que uma humanidade que deseje chegar à maioria desenvolve-se ao longo de sua história pelo diálogo da comunicação, sendo o papel da Filosofia a reconstrução do diálogo reprimido ao longo da história. E mais, afirma também que a maioria é a única ideia de que podemos nos apegar no sentido da tradição filosófica.

Seguindo a esteira do pensamento hegeliano e para encontrar fundamento para a problemática do apoio à emancipação desprovida do progresso da ciência e da técnica, Habermas identifica que a unidade do processo de formação do espírito segundo Hegel se dá por meio de três médiuns dialéticos: linguagem, trabalho e eticidade ou família (interação).

Habermas concorda com Hegel que o processo de formação, que culmina numa identidade racional, dá-se através do emprego símbolos linguísticos (dar nome às coisas), da utilização de instrumentos (trabalho), que leva à satisfação de carências e necessidades humanas, à libertação em relação à fome e à fadiga,

¹⁸² SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, p. 22.

bem como através do agir voltado para a reciprocidade (interação) que leva à libertação da escravidão e da degradação humana.¹⁸³

Nesse sentido, a via eleita por Habermas é a afirmação da maioria fundada em um processo de comunicação livre de coações através da estrutura da linguagem, apresentando-se como alternativa às vias de emancipação propostas por Hegel e Marx calcadas respectivamente no conhecer-se a si mesmo ou na crítica da economia política.

A ênfase da obra filosófica de Habermas concentra-se nos fundamentos pragmáticos da comunicação e nas características das éticas formais. Na área de teoria social, as temáticas são a recuperação de um conceito de interação ligado à arena social na qual a ação comunicativa vigora e o desenvolvimento de uma concepção de diferenciação social capaz de permitir a reelaboração dos conceitos weberiano e marxiano de burocratização e de monetarização, colocando-os em relação com processos interativos. A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas baseia-se na percepção de que a democracia está ligada a um processo discursivo que tem suas origens nas redes públicas de comunicação, com as quais os processos de institucionalização legal e utilização administrativa do poder estão indissolivelmente ligados.¹⁸⁴

4.5.10.2 Esfera Pública

O conceito de esfera pública tem acompanhado os trabalhos de Habermas desde o início do desenvolvimento dos seus estudos. O autor de *Mudança Estrutural na Esfera Pública* apresenta a obra como sua tese de Doutorado sob a orientação de W. Abendroth, no início dos anos 60, o que sinalizava para uma valorização das tradições do estado Democrático de Direito, ao contrário do que defendiam seus antecessores frankfurtianos Adorno e Horkheimer, na Dialética do Esclarecimento.

Apesar da ideia de uma esfera pública permear toda a sua filosofia, é com a publicação de *Facticidade e Validade* que o tema ocupa lugar de relevo em sua teoria. Segundo o próprio Habermas:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os

¹⁸³ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, p. 48.

¹⁸⁴ AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996, p. 14-15.

conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas no domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana.¹⁸⁵

Habermas aponta para a importância da esfera pública como dimensão constitutiva da sociedade burguesa e também para o caráter normativo que ela representa e que será determinante na compreensão do papel que ela desempenha no desenvolvimento das sociedades pós-modernas.

Segundo Habermas¹⁸⁶, a esfera pública política intermedia, pela opinião pública, o estado e as necessidades da sociedade. Sobre o lugar ocupado pela esfera pública no espaço social, observamos que se situa em posição distinta tanto em relação ao Estado como em relação ao mercado econômico, segundo Antonio C. Maia:

Ainda, no intuito de fixar alguns traços delineadores do conceito de espaço público, cabe observar um aspecto importante à compreensão de seu funcionamento. Esse domínio da vida social, onde se expressa a vontade coletiva através da opinião pública discursivamente formada, ocupa um *locus* diferente daquele determinado pelos imperativos oriundos do aparelho de Estado e da economia de mercado: nem pertencente ao Estado, nem tributário da economia.¹⁸⁷

Esta posição ocupada de forma distinta pela esfera pública em relação à economia e ao Estado permite atribuir ao primeiro um potencial de integração social singular, na medida em que o subsistema econômico se governa pelo dinheiro e o Estado pelo poder. A esfera pública é o *locus* no qual ocorre a mediação entre o Estado e a sociedade, onde seus agentes se organizam como verdadeiros portadores de opiniões a serem colocadas enfeixadas em busca de um consenso.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, p. 92, v. II.

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da esfera burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 46.

¹⁸⁷ MAIA, Antônio C. Espaço público e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana. *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUCRJ, Rio de Janeiro, n. 11, p. 15-40, ago/dez 1997.

Para Habermas, o espaço público possibilita a elaboração de uma opinião pública consciente, merecedora da atenção de concepções divergentes e que buscam, no jogo democrático, uma mobilização conjunta capaz de exercer influência nas esferas política, econômica e de elaboração parlamentar.

Na medida em que se articula a pluralidade de espaços públicos existentes, podemos convergir para a manutenção de um espaço público comum, e com base no exercício da capacidade de pressão e fiscalização originada da opinião pública consciente, o que obtemos é a efetivação de uma agenda política que represente os verdadeiros anseios da sociedade, como seria o caso do combate efetivo à corrupção endêmica que vem assolando os recursos financeiros do país. É essa a postura que se deseja em relação ao papel a ser exercido pela esfera pública de nossa sociedade conforme será apontado nos itens subsequentes.

4.5.10.3 O papel da esfera pública segundo Habermas

Seguindo o caráter normativo que a esfera pública representa, veremos também que é pelo seu papel emancipatório que a esfera pública desenvolve seu principal potencial.

A reconstituição histórica levada a efeito por Habermas em Mudança Estrutural da Esfera Pública foi efetivada a partir dos exemplos observados na França e na Inglaterra entre fins do séc. XVII e durante o séc. XVIII, de onde se conclui pela existência da possibilidade de um *locus* determinável em que interesses gerais podem ser defendidos com base na argumentação racional de seus interlocutores sem que para isso tenham que recorrer aos dogmas historicamente estabelecidos, aos costumes, às tradições, ou ainda, às posições sociais que seus agentes ocupam.

A experiência da Revolução Francesa nos mostrou a efetivação dos anseios de uma sociedade pela articulação da opinião pública que, quando devidamente mobilizada, é capaz de promover mudanças profundas na estrutura estatal na qual se insere. Por outro lado, também presenciemos um enfraquecimento (desarticulação) desta mesma opinião pública durante os anos que se seguiram após a Revolução Francesa, motivado pelo surgimento das sociedades de massas e pela desmobilização política dos seus cidadãos.

A percepção de que a imprensa tenha desenvolvido um papel preponderante na divulgação das ideias revolucionárias até metade do século XIX fez com que ela sofresse um controle cada vez mais incisivo na tentativa de assenhoreamento do seu potencial manipulador. Além disso, o surgimento do *welfare state* (Estado de bem-estar social),

houve uma aceleração do processo de degeneração do espaço público, desmobilizando seus cidadãos e instituindo uma relação clientelista entre estes e o estado, deixando de se comportar como cidadãos e passando a se comportar como clientes em busca da satisfação de necessidades mínimas.¹⁸⁸

Para Habermas, o espaço público funciona como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco, sendo a esfera pública um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, mas sensíveis no âmbito de toda a sociedade.¹⁸⁹

E, por fim, tomamos a lição de Habermas em relação à função da esfera pública que se pretende colocar em evidência neste estudo e que se transmuta para a realização de uma ação parlamentar como produto do diálogo que se estabelece entre os agentes sociais:

Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.

Dentre as possíveis abordagens que se dispõem a investigar o combate à corrupção, elegemos neste item a via da discussão filosófica sobre o papel que a esfera pública desempenha nos estudos de Jürgen Habermas. A filosofia do direito explica de que forma o agir comunicativo poderá exercer influência suficiente no processo de tomadas de decisões parlamentares, papel este que normalmente é exercido pelos grupos de interesses.

Existe uma preocupação maior com os chamados crimes de delinquência (teoria da subcultura delinquente), roubos, furtos e homicídios, em virtude da grande comoção social que estes tipos penais proporcionam, fazendo com que nos esqueçamos dos crimes de colarinho-branco que, quando devidamente estudados e considerados, dão-nos notícia de que podem indiretamente causar danos mais prejudiciais à sociedade quando comparados aos primeiros. Este dado é preocupante e dele não se pode descuidar. Entretanto, a redução das desigualdades sociais e a construção de um país mais justo e solidário passa inevitavelmente pelo bom andamento das finanças governamentais e por uma economia nacional saudável, ressaltando mais uma vez a importância multidisciplinar do tema e a

¹⁸⁸ MAIA, Antônio C. Espaço público e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana. *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUCRJ, Rio de Janeiro, n. 11, p. 15-40, ago/dez 1997.

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, p. 91, v. II.

necessidade de uma discussão mais profunda e interligada aos vários aspectos que influenciam na formação de políticas dotadas de legitimidade social. E também, mais uma vez, remete-se à discussão a respeito da legitimidade de nossa produção legislativa, com destaque para o desencadeamento das recentes manifestações já mencionadas no início desta pesquisa.

4.5.11 A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

A partir dos desdobramentos provocados pela comunidade internacional, sobretudo a OCDE quando da assinatura da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, observou-se no Congresso Nacional uma série de medidas legais orientadas ao combate à corrupção.

A tipificação do Caixa 2 como método de fraude eleitoral, Proposta de Emenda Constitucional e Projeto de Lei (PL) para criar ação de extinção de domínio, PL de ficha limpa para todos os servidores do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, PL de tipificação de enriquecimento ilícito (PL 5.586/2005 – com pedido de urgência)¹⁹⁰, PL de alienação antecipada de bens apreendidos (PL 2.902/2011 – com pedido de urgência), a formação de um Grupo Tarefa (GT) para propor medidas para agilizar processos de combate à corrupção, a própria Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e sua regulamentação são medidas recentemente adotadas no âmbito do Poder Executivo federal para estabelecer um controle maior da corrupção.¹⁹¹

Dentre todas as medidas propostas a que representa uma maior possibilidade de combate efetivo à corrupção, ao menos em um primeiro momento, tanto por já estar em pleno vigor e devidamente regulamentada, quanto pela celeridade com a qual se propõe sua processualística, é justamente a Lei Anticorrupção (LAC).

4.5.11.1 A natureza jurídica da Lei 12.846/2013

¹⁹⁰ Em razão da Urgência Constitucional apresentada o PL encontra-se com prazo para apresentação de emendas em Plenário (5 sessões a partir de 16/05/2005). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=292771>>. Acesso em: 16.05.2016.

¹⁹¹ Esta série de medidas, incluindo a Lei 12.846/2013, vieram no chamado “pacote anticorrupção” ainda no governo Dilma Rousseff em março de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-18/conheca-pacote-anticorrupcao-apresentado-governo>>. Acesso em: 16.05.2016.

Sanção é a consequência de um dever jurídico violado pelo administrado, podendo ser de natureza penal ou administrativa conforme se define o ilícito em penal ou administrativo. No decorrer do exercício do dever de manutenção da ordem pública, por vezes a Administração lança mão de suas prerrogativas para adotar medidas administrativas cautelares, que não se desenvolvem sob o manto de um procedimento administrativo¹⁹² formalmente instaurado.

A sanção administrativa para ser imposta precisa ser instaurada com o devido processo legal mediante contraditório e ampla defesa, é preciso oferecer ao administrado que está sendo acusado de ilícito administrativo a oportunidade de defender-se com todas as garantias constitucionalmente previstas.

4.5.11.2 Direito Administrativo Sancionador ou Direito Penal-Administrativo

A doutrina parece divergir em relação ao enquadramento da lei na seara do direito administrativo sancionador ou do direito penal-administrativo. Para alguns a lei não se insere no âmbito do direito penal uma vez que este oferece uma série de limitações em relação ao *ius puniendi* estatal¹⁹³, enquanto que para outros a lei não institui processo administrativo sancionatório, mas processo penal-administrativo em que as regras do devido processo penal deverão ser observadas¹⁹⁴, por exemplo, não se aplicando o instituto da analogia, devendo, portanto, ser rigorosamente observados os tipos instituídos no art. 5º da lei em comento, assim como o direito da pessoa jurídica ré no processo de não produzir provas contra si mesma, ou seja, não colaborar com as investigações é diferente de oferecer obstáculos dificultando o processo de apuração dos fatos. Também aponta a doutrina que apesar de não se tratar de lei formalmente penal, seus efeitos sancionatórios influenciariam na restrição de direitos, repercutindo, em certa medida, na aplicação de condenações penais conexas.¹⁹⁵

Para Bottini e Tamasauskas não se trata de uma lei penal, já que não cria crimes ou penas, além de não causar ameaça de prisão, mas sim a racionalidade efetiva da

¹⁹² As expressões Processo e Procedimento Administrativo serão utilizadas com o mesmo sentido.

¹⁹³ SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 133-136.

¹⁹⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 32-35.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 308.

inibição de comportamentos pela identificação inteligente e repressão dos principais beneficiários do ilícito.¹⁹⁶

Em que pese o fato de que, a depender do tipo de enquadramento, questões relevantes se colocam do ponto de vista interpretativo da norma em abstrato e também de aplicação ao caso concreto, o fato é que não há dúvidas de que o processo a ser instaurado sob a tutela da presente lei deverá obedecer aos princípios constitucionais administrativos e também a todo regramento estipulado na Lei nº 9.784/1999. Não faz sentido transportar do direito penal propriamente dito todos os fenômenos principiológicos próprios deste ramo do direito, como também não significa desconsiderar determinadas garantias que normalmente se aplicam ao sistema jurídico como um todo.

4.5.11.3 Processo Administrativo de Responsabilização – PAR

Partindo de um cenário nacional de crescente repúdio às práticas de corrupção, sobretudo a corrupção demonstrada por parte da classe política brasileira, envolvendo instituições privadas e agentes públicos, projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo federal culminou em relevante inovação no ordenamento jurídico a partir da publicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, chamada de Lei Anticorrupção. Referida inovação guarda considerável harmonia com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, e com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, e que foram promulgadas no Brasil pelos respectivos Decretos nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, e 5.687, de 31 de janeiro de 2006, e admitidas, portanto, no ordenamento nacional com força de lei.

Desde 1996 até 2013, portanto, vivenciou-se certa inércia legislativa, na medida em que não havia instrumento capaz de punir as empresas envolvidas nos atos de corrupção praticados por seus representantes. Após a publicação na mídia da notícia de um escândalo de corrupção, destacava-se sempre a atuação do agente público corrupto que, devidamente enquadrado no regime e no processo disciplinares, sentia cair sobre si o poder punitivo estatal, com a aplicação de penalidade mais gravosa, a demissão, por outro lado, a empresa que da mesma forma participara do acerto mútuo por meio de pagamento de propina ou vantagem, remanesce impune em função do vácuo legislativo que hoje procura-se ocupar.

¹⁹⁶ BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. *Nova lei anticorrupção vai estimular compliance*. Conjur, 06/08/2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-compliance>>. Acesso em 14.12.2016.

Desta forma, busca-se punir com efetividade o corruptor e não somente o agente corrupto, evitando sua impunidade em via administrativa (já que o ordenamento pátrio não permite a incidência do Direito Penal sobre pessoas jurídicas para esse caso).

A Lei nº 12.846, de 2013, em seus arts. 1º e 2º, estabelece a responsabilidade de natureza objetiva, em instâncias administrativa e civil, contra pessoas jurídicas, sejam sociedades empresárias ou simples, personificadas ou não, fundações, associações de entidades ou pessoas, nacionais ou estrangeiras com qualquer espécie de representação no País, englobando assim o sentido expresso no art. 44 do Código Civil – CC, reconhecendo especificamente as sociedades empresárias como pessoas jurídicas de direito privado aptas a serem responsabilizadas por atos lesivos à Administração praticados em seu interesse ou benefício, prevendo sanções que afetam diretamente o patrimônio daqueles entes corruptores e que orbitam à margem das boas práticas das éticas pública e empresarial.

Inova no ordenamento jurídico brasileiro a inédita previsão legal de responsabilização administrativa independentemente de comprovação de ânimo subjetivo (ou seja, de atuação com culpa ou com dolo) de parte de quem quer que seja, bastando, para a configuração do ato lesivo, a mera concretização fática da hipótese legal. Não há que se condicionar a nova incidência legal à busca de elementos indicadores de intencionalidade e consciência e nem mesmo de dever de cautela na conduta de qualquer partícipe. A responsabilização administrativa da pessoa jurídica se impõe com a mera comprovação de prática de ato proibido na Lei nº 12.846, de 2013, sendo suficiente a comprovação da relação de nexo causal entre a conduta empresarial e o resultado ilícito pretendido (e não necessariamente obtido, conforme se antecipa que o inciso II do art. 7º da mesma Lei permite interpretar) que afronta bem jurídico que aquele diploma legal tutela. No contexto legal precedente, o ordenamento voltava-se apenas para a responsabilização das pessoas físicas ativas na prática da corrupção, seja quando agiam individualmente, seja quando agiam como administradores de pessoas jurídicas, como, por exemplo, disciplinam o Código Penal (CP) e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, sempre dependentes da comprovação do seu estado anímico subjetivo (de culpa ou de dolo) - para as pessoas jurídicas, restavam apenas repercussões associadas à proibição de contratar com a Administração Pública. De outro giro, arma-se o Estado, a partir deste novo paradigma, com o ferramental jurídico necessário para atingir predominantemente o bem jurídico talvez de maior relevância da atividade empresarial, que é seu próprio patrimônio - e de forma objetiva e direta.

Tanto é assim que, conforme o art. 3º da Lei nº 12.846, de 2013, esta espécie objetiva de responsabilidade administrativa (punitiva sobre a pessoa jurídica) e civil (reparadora de prejuízo ao erário, sobre seu patrimônio) não se confunde com a eventual responsabilização penal individual de seus dirigentes (na medida das respectivas culpabilidades), não se superpondo a esta esfera de Direito e não a prejudicando. Até porque esta esfera punitiva sobre a pessoa, de forma diametralmente oposta à inovação trazida pela citada Lei, sobre a entidade privada, requer a comprovação de dolo ou ao menos de culpa. Em outras palavras, opera aqui o consagrado princípio da independência das instâncias.

Materialmente, o art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, elenca as condutas que caracterizam lesão à Administração Pública, como um grande gênero, desdobrado ainda no *caput* em três grandes espécies de atos que atentem contra o patrimônio público, de atos que infrinjam princípios da Administração Pública (em clara harmonia com a Lei nº 8.429, de 1992) e de atos contra os compromissos internacionais formados pelo Brasil (atraindo novamente a atenção às duas já mencionadas Convenções das quais o País é signatário).

Aproximando a aplicação material da Lei Anticorrupção para o foco específico da Secretaria da Receita Federal (RFB), quando este órgão, em suas competências legais e regimentais for vítima da ação lesiva de pessoas jurídicas (sobretudo na relação Fisco x contribuinte), os incisos I e II do seu art. 5º guardam destacada proximidade com as condutas ensejadoras de processo disciplinar, despontando como hipóteses legais bastante plausíveis de instauração da responsabilização administrativa em tela. Na sequência, o inciso III do mesmo dispositivo também pode ser fonte comum desta espécie de responsabilização em decorrência de diversas possibilidades de emprego de interpostas pessoas na instância fiscal. Já o inciso IV do mesmo art. 5º, atinente a licitações e contratos, embora tenha recebido diferenciada dedicação do legislador ao ter sido desdobrado em sete alíneas detalhadas, não é hipótese comum de ocorrência no âmbito da RFB, em nenhuma instância administrativa interna, no entanto, importante sua inclusão no âmbito de penalização da norma considerando-se as vultosas quantias envolvidas nos escândalos recentes de corrupção envolvendo contratações e certames licitatórios fraudados por empreiteiras. Por fim, o inciso V se confunde com a situação previamente conhecida e positivada como embaraço à fiscalização, sendo certo que, para tal caso, o Fisco dispõe de instrumentos mais específicos de inibição e de punição desta conduta por parte do contribuinte, não se afigurando como uma hipótese comum de responsabilização

de pessoa jurídica.

Reitera-se a abrangência do alcance legal: além de a responsabilidade satisfazer-se com a mera conduta objetiva proibida na Lei nº 12.846, de 2013, têm-se definições amplas das ilicitudes nos incisos do art. 5º e compreende-se que sua natureza se assemelha aos ilícitos de consumação antecipada, ou seja, que se concretizam antes mesmo ou ainda que nem sequer se obtenha o resultado delituoso (a vantagem pretendida pelo autor, a que se referem o inciso II do art. 7º da mesma Lei e o art. 20 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, norma regulamentadora da mencionada Lei).

A ciência de suposto ato lesivo à Administração Pública, ocorrida de ofício por esforços internos próprios ou por provocação externa, impõe à autoridade administrativa competente o dever de iniciativa, não sendo tolerada a inércia ou omissão. *A priori*, a ciência da possível ocorrência material de ilícito desta natureza impõe à autoridade competente a instauração da instrumentalidade prevista na Lei nº 12.846, de 2013, qual seja, o chamado processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica de direito privado (ou, de forma sintética, processo administrativo de responsabilização - PAR).

Mais especificamente, o *caput* e o § 1º do art. 8º da Lei nº 12.846, de 2013, estabelecem que, *a priori*, as competências para instauração e para julgamento do PAR recaem sobre o titular do órgão ou da entidade em que tenha se dado o fato irregular, ressalvando possibilidade de delegação. E, de forma mais ampla, conforme o § 2º do comando legal acima, residualmente compete à CGU, de forma concorrente, instaurar e julgar PAR por ato lesivo ocorrido em qualquer órgão público federal, bem como, de forma exclusiva, avocar processos em curso, para avaliar sua regularidade ou para corrigir seu andamento. O § 1º do art. 13 do Decreto nº 8.420, de 2015, estabelece as condições para que a CGU exerça tais competências e obriga os órgãos a encaminharem documentos e informações solicitados. Mencione-se que, desde a edição do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, a CGU passou a contar com a Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados (CGU/CRG/Corep) em seu organograma, subordinada à sua Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG).

Trata-se de lei federal de caráter nacional, ou seja, cada ente federativo poderá legislar de forma complementar ou até mesmo específica em relação à matéria.

O processo é dotado de três fases: (i) instauração, (ii) instrução e (iii) julgamento.

A instauração cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de ofício ou mediante provocação, observados o

contraditório e a ampla defesa, podendo ser delegada, vedada a subdelegação. A CGU, como órgão central de controle interno do Poder Executivo federal tem competência concorrente para a instauração de PAR de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados, no intuito de examinar sua regularidade ou de corrigir o andamento.

Em se tratando de infrações contra a administração pública estrangeira a competência para apuração, processamento e julgamento de PAR será da CGU. Neste caso, a lei foi clara em seu artigo 9º ao expressamente mencionar o artigo 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais¹⁹⁷, no Brasil promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Artigo 4 Jurisdição 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território. 2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios. 3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo. 4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

A comissão designada pela autoridade competente para condução do PAR será composta por dois ou mais servidores estáveis. Neste caso, o órgão de representação judicial (ou equivalente) do ente público responsável poderá requerer medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações (incluindo busca e apreensão). A comissão poderá ainda, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação. O prazo para conclusão do processo é de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que instaura a comissão, devendo ao final apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo motivadamente as sanções aplicáveis ao caso. O prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto para conclusão do PAR poderá ser prorrogado mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

¹⁹⁷ Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/convencao-ocde>>. Acesso em 19.01.2016.

Será concedido à pessoa jurídica o prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados da intimação. Uma vez concluído pela comissão o PAR será remetido com o respectivo relatório à autoridade instauradora para julgamento. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas na LAC, sendo o crédito inscrito em dívida ativa quando não houver pagamento.

Item importante e polêmico diz respeito à possibilidade de desconsideração de personalidade jurídica sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na lei, ou ainda, quando voltar-se para provocar confusão patrimonial, estendendo os efeitos sancionatórios aos administradores e sócios com poderes de administração, sempre observando o contraditório e a ampla defesa.

A comissão, assim que instaurada, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos. Na redação anterior antes da Medida Provisória nº 703, de 2015, tal comunicação deveria ser feita somente após a conclusão do procedimento administrativo.¹⁹⁸

Ainda, nos termos do art. 6º, §2º, a aplicação das sanções previstas será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público, no prazo de quinze dias conforme art. 42 da Lei 9.784/99.

4.5.11.4 O acordo de leniência (Art. 16 a 17-B)

No mesmo sentido do que ocorre para a pessoa física com a delação premiada, como instrumento extremamente eficaz, moderno e importante para o combate à corrupção, a LAC prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência.

Os entes federativos poderão por meio dos seus respectivos órgãos de controle interno, isoladamente ou em conjunto com o Ministério Público ou Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas investigadas pela prática de atos contra a administração pública conforme previsto na lei.

O acordo poderá ser utilizado desde que resulte: (i) na identificação dos demais envolvidos na infração, quando for o caso; (ii) na obtenção de informações e documentos

¹⁹⁸ Como a MP 703/2015 não foi convertida em lei, o artigo voltou à sua redação original, prevendo que a comissão dará conhecimento ao Ministério Público ao final do processo, o que não faz sentido, já que o importante é levar ao conhecimento do MP logo no início para acompanhamento e providências cautelares.

que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; (iii) na cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e (iv) no comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade.

Além dos resultados mencionados e que deverão ocorrer a partir da celebração do acordo de leniência, cumulativamente também deverá preencher os seguintes requisitos: (i) a pessoa jurídica deverá cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (ii) deverá comparecer sob suas expensas aos atos processuais quando convocada; e (iii) deverá se comprometer a implementar ou melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

Ao submeter-se à celebração de acordo de leniência a pessoa jurídica estará isenta das sanções previstas no inciso II do caput do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratem de licitações e contratos, poderá, a critério da autoridade administrativa, ter reduzida a multa prevista no inciso I do caput do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo, caso a pessoa jurídica seja a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até sua completa remissão, não se aplicando qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo, no entanto, não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

O acordo estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração, podendo conter cláusulas sobre a forma de amortização da reparação do dano considerando a capacidade econômica da pessoa jurídica.

Os efeitos do acordo serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico (de fato e de direito), desde que firme o acordo em conjunto, respeitando as condições nele estabelecidas. O acordo será publicado após sua efetivação, salvo no interesse de investigações e do processo administrativo. Caso seja rejeitada a proposta de acordo de leniência, tal fato não importa em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.

Em caso de descumprimento do acordo, a empresa ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento do descumprimento por parte da administração pública.

A formalização da proposta suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objetos da apuração e a sua celebração o interrompe.

A CGU é o órgão competente para celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira. A partir do momento em que a respectiva Advocacia Pública celebre o acordo de leniência, fica impossibilitado o ajuizamento ou prosseguimento das ações tratadas no art. 19 da LAC e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil. Se celebrado pela Advocacia Pública em conjunto com o Ministério Público, fica impedido o ajuizamento ou prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações citadas anteriormente.

Na ausência de órgão de controle interno no Estado, Distrito Federal ou no Município, o acordo só poderá ser celebrado pelo chefe do respectivo Poder em conjunto com o Ministério Público.

Após assinatura, o acordo será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas que poderá instaurar procedimento administrativo para apurar prejuízo ao erário. A administração pública poderá celebrar acordo com pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos visando isenção ou atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de contratar e licitar. Os processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo deverão, sendo este celebrado, ser sobrestados e posteriormente arquivados caso haja cumprimento integral do acordo. Os documentos juntados durante o processo visando a celebração do acordo deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo, não permanecendo cópias em poder dos órgãos celebrantes.

4.5.11.5 Responsabilização judicial (Art. 18 a 21)

O artigo 18 prevê a possibilidade de responsabilização na esfera judicial, exceto se for previsto em acordo de leniência, observando-se os casos mencionados nos parágrafos 11, 12 e 13 do artigo 16, conforme já apresentado.

O artigo 19 apresenta um rol taxativo das sanções que poderão ser aplicadas às empresas responsabilizadas pelos atos previstos no artigo 5º da lei, podendo ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, são elas:

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

A dissolução compulsória será determinada quando comprovada a sua utilização de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido a mesma constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. O Ministério Público ou a Advocacia Pública poderá requerer a indisponibilidade dos bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou reparação do dano causado.

Sendo omissa a autoridade competente para promoção da devida responsabilização administrativa, poderá o Ministério Público aplicar as sanções previstas no artigo 6º da lei. O acordo de leniência poderá ser proposto mesmo após o ajuizamento das ações cabíveis. O rito previsto para as ações de responsabilização judicial será o previsto na lei da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

O artigo 22 cria, no âmbito do Poder Executivo federal, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) que reunirá as sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades de todos os poderes e de todas as esferas de governo especificamente em relação à LAC. Também constarão, neste cadastro, as informações relativas aos acordos de leniência celebrados, inclusive referências ao seu descumprimento. Após o término do prazo estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do dano, os registros serão excluídos.

O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) será alimentado com os dados das sanções aplicadas nos termos desta lei. O CEIS já existia antes da LAC e dele já constavam as empresas impedidas de licitar, conforme informações disponibilizadas no portal da transparência. Os valores arrecadados serão preferencialmente destinados aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

As infrações previstas prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. A instauração de processo que tenha por objeto apurar a infração interrompe a prescrição. Idem para os ilícitos previstos em normas de licitações e contratos administrativos.

Importante destacar que a autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas não adote as providências cabíveis, será responsabilizada penal, civil e administrativamente. Também relevante a colocação de que a lei será aplicada aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

As infrações à ordem econômica permanecem como passíveis de responsabilização de acordo com a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda. Neste caso, os acordos de leniência celebrados contarão com a colaboração desses órgãos quando os atos e fatos apurados acarretarem simultaneamente a infração ali prevista. Não havendo concurso material entre a infração prevista como infração à ordem econômica e os ilícitos previstos nesta lei, a competência e o procedimento para celebração dos acordos de leniência observarão o previsto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a participação do Ministério Público.

Por último, a aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I-ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992); II-atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011; e III-infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529/2011. Ressalvada a hipótese de acordo de leniência que expressamente inclua as sanções previstas nesta lei. Após o período de vacância e lei entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014, não se aplicando, portanto, a fatos pretéritos a esta data.

4.5.11.6 Decreto 8.420/2015

O Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, regulamentou a LAC trazendo uma série de previsões acerca da operacionalização da lei. Ao tomar ciência do ato lesivo a

autoridade competente poderá decidir pela abertura de investigação preliminar antes de instaurar o processo de responsabilização, tal previsão se destina a coletar indícios suficientes no sentido de alcançar o conceito de provas pré-constituídas conforme parece ser o sentido da lei. Também prevê o decreto a possibilidade de utilização de empregados públicos na condução do PAR. Estabelece a possibilidade de produção de provas de defesa após a indicição no PAR.

Previsão importante que consta no decreto diz respeito aos critérios para a dosimetria do cálculo da multa, estabelecendo detalhadamente a metodologia e os parâmetros a serem utilizados (a multa será aplicada obedecendo um escalonamento de 0,1% até um limite de 20% do faturamento bruto do ano anterior à instauração do respectivo Processo Administrativo de responsabilização).

Por sinal, faz-se neste ponto da regulamentação uma crítica no que diz respeito à dosimetria da multa. O que se percebe é que houve uma preocupação mais contundente em relação às fraudes à licitação, já não ocorrendo o mesmo quando o ato lesivo se tratar, por exemplo, de oferecimento de propina a servidor público. O artigo 17 do Decreto 8.420/2015 estabelece o seguinte:

Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;

II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;

III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;

IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;

V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e

VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);

d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e

e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Conforme estabelecido no decreto, os percentuais estabelecidos nos incisos de I a VI deverão ser somados para que se obtenha um percentual de partida para o cálculo da multa a ser calculada. No entanto, os incisos III e VI somente serão aplicados, via de regra, aos casos em que houver contratação junto ao poder público, deixando de fora hipóteses de suborno a servidores públicos ou autoridades administrativas, deixando de punir com a severidade devida esses casos de corrupção, que foram a principal fonte de motivação para a LAC, segundo nos conta o próprio histórico de formação da lei já retratado no capítulo anterior.

Nesse sentido, também se percebe que será muito difícil atingir um percentual de multa próximo dos 20% que representam o teto estipulado, seja porque primeiro será necessário acumular as penalidades previstas nos seis incisos do artigo 17 do decreto, em segundo lugar a pessoa jurídica deverá ser autuada pelo máximo de percentual previsto em cada um desses incisos, e ainda, em terceiro, não logrará êxito em se beneficiar de qualquer fator de atenuação da multa conforme previsto no artigo 18 do decreto:

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento no caso de não consumação da infração;

II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;

III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;

IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e

V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

O decreto ainda estabelece os parâmetros para avaliação de programas de integridade (*compliance*), que é o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Além de prever regras para a celebração dos acordos de leniência – acabou, entretanto, centralizando competências na Controladoria-Geral da União (CGU)

– em âmbito federal. O tema ainda é muito recente e as empresas iniciaram uma corrida para estruturar seus setores de controle interno e integridade já que se trata de responsabilização objetiva, pesquisas indicam que 61% das empresas ainda não mapearam seus riscos relacionados à corrupção, sendo que apenas 12% afirmaram possuir um programa de *compliance* efetivo.¹⁹⁹

4.5.12 Considerações sobre as 10 Medidas contra a Corrupção

Ainda em 2014 e como consequência direta da iniciativa de Procuradores da República, integrantes da força-tarefa encarregada da operação lava jato, o MPF inicia o desenvolvimento de propostas de alterações legislativas de forma a tornar mais efetivo o combate à corrupção e sua impunidade. Em março de 2015 é lançada a campanha da chamada “10 Medidas contra a Corrupção”, e em junho, após receber diversas contribuições da sociedade, a Câmara de Combate à Corrupção do MPF encaminha as propostas ao Congresso Nacional e ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em síntese, as 10 Medidas contra a Corrupção podem ser descritas nos seguintes tópicos:

- 1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação;
- 2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos;
- 3) Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores;
- 4) Eficiência dos recursos no processo penal;
- 5) Celeridade nas ações de improbidade administrativa;
- 6) Reforma no sistema de prescrição penal;
- 7) Ajuste nas nulidades penais;
- 8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2;
- 9) Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado;
- 10) Recuperação do lucro derivado do crime.²⁰⁰

Em julho de 2015, o MPF inicia um trabalho de coleta de assinaturas com o objetivo de atingir a cifra de 1,5 milhão de assinaturas de cidadãos que apoiam as medidas,

¹⁹⁹ O ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei anticorrupção é regulamentada: entenda o que muda*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/descomplicador/lei-anticorrupcao-e-regulamentada-entenda-o-que-muda/>>. Acesso em: 09.04.2015.

²⁰⁰ Para um maior detalhamento de cada medida e da respectiva proposta legislativa, consultar material disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 22/12/2016.

e assim, apresentar as propostas como projeto de lei de iniciativa popular. Em cinco meses, a campanha já havia atingido a marca de um milhão de assinaturas e em fevereiro de 2016 é atingida a meta de 1,5 milhão de assinaturas para que as 10 Medidas contra a Corrupção sejam apresentadas ao Congresso Nacional em forma de projeto de lei de iniciativa popular, sendo que em março de 2016 as assinaturas são levadas ao Congresso Nacional por representantes da sociedade civil, com mais de dois milhões de assinaturas coletadas.

Em 29 de março de 2016 é apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.850/2016, que estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e o combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos, contemplando integralmente as propostas das 10 Medidas contra a Corrupção com requerimento de pedido de urgência no sentido de contemplar uma tramitação célere do projeto de lei.

Este breve histórico²⁰¹ resume as ações levadas a efeito a respeito das medidas propostas pelo MPF, sendo que na fase atual, após ter sido encaminhado ao Senado Federal em 30/11/2016²⁰², a tramitação do projeto de lei foi afetada por um Mandado de Segurança impetrado pelo Deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP) e motivado por violações à Constituição Federal e ao regimento interno da Câmara dos Deputados. O Ministro Luiz Fux deferiu liminar²⁰³ ordenando que o PL 4850/2016 retorne à Câmara dos Deputados reiniciando seu trâmite de forma a respeitar as normas violadas.

Via de regra não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de projetos de lei), no entanto, em sua liminar, o Ministro Fux mencionou precedente do STF²⁰⁴ no sentido de que a jurisprudência da corte, com exceção, tem admitido legitimidade de parlamentar que impetre mandado de segurança no intuito de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinem o processo legislativo²⁰⁵.

²⁰¹ Histórico das 10 Medidas contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 22/12/2016.

²⁰² Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 22/12/2016.

²⁰³ MS 34530 – Mandado de Segurança. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34530&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22/12/2016.

²⁰⁴ MS 32033, Relator Min. Gilmar Mendes, Relator para Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4397298>>. Acesso em: 22/12/2016.

²⁰⁵ MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23/04/04.

A violação ao devido processo legislativo em tela, diz respeito à apropriação por parte de parlamentar de um projeto de lei que deveria tramitar no parlamento, sendo autuado formalmente como projeto de lei de iniciativa popular, implicando em uma série de procedimentos internos na Câmara dos Deputados para sua devida apreciação, além de, nas palavras do Ministro Fux, ser “debatido na sua essência, interditando-se emendas substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores”.²⁰⁶

Fora questões inerentes ao devido processo legislativo, antes mesmo de iniciar sua tramitação na Câmara dos Deputados, as medidas propostas pelo MPF sofreram diversas críticas da comunidade científico-acadêmica, a ponto de merecer uma edição especial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o boletim nº 277 de dezembro de 2015²⁰⁷. Já em seu editorial intitulado “Todos contra a corrupção”, o instituto imprime um posicionamento que deixa transparecer uma ação intencional e, em suas palavras, propagandística do conteúdo das medidas, concordando apenas com o mal que se deseja combater, qual seja a corrupção.

As críticas são bem encaminhadas e úteis ao debate que se deve propor, principalmente durante o processo legislativo, contudo, é possível conduzir as propostas de forma que não se cometam inconstitucionalidades ou ilegalidades. Por exemplo, em relação à possibilidade de realização de testes de integridade e a possibilidade de um servidor público ou autoridade policial vir a cometer crime sem que tenha cometido um ato real de corrupção, mas tão somente por ter sido enquadrado em uma situação prevista pelo teste de integridade proposto, bastaria desconfigurar a conduta do agente como passível de enquadramento como crime, para considerá-la mera infração disciplinar punível, se for o caso, com demissão. Desta feita, seria possível coibir o ato corrupto de forma exemplar sem que fosse provocada uma afronta aos direitos fundamentais que tanto causam comoção quando se busca punir a corrupção com severidade.

Mais consistente parecem as objeções apontadas por Luís Greco em relação à criminalização do enriquecimento ilícito, por ser a medida incompatível com a ideia de culpabilidade e presunção de inocência, além da dúvida que paira acerca de sua eficácia como instrumento de combate à corrupção. A solução apontada, ao menos em tese e

²⁰⁶ MS 34530 – Mandado de Segurança. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34530&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22/12/2016.

²⁰⁷ Editorial. *Boletim IBCCRIM*, ano 23, n. 277, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 22/12/2016.

mesmo assim posta mediante dúvida, indica a possibilidade de criminalização do enriquecimento ilícito a partir de um minucioso estudo considerando a proteção de bens jurídicos.²⁰⁸ Além desses motivos, verifica-se na seara do direito administrativo disciplinar uma maior eficácia para a punição do enriquecimento ilícito, e a reboque, das práticas corruptivas que residem em sua origem. Nosso ordenamento já dispõe de diplomas capazes de perseguir o objetivo almejado, por meio da combinação dos estatutos dos servidores públicos com a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) que prevê em seu artigo 9º a improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

²⁰⁸ GRECO, Luís. Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Boletim IBCCRIM*, ano 23, n. 277, dez. 2015, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 22/12/2016.

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.²⁰⁹

Basta que o estatuto respectivo tenha a previsão de demissão para os casos de improbidade administrativa, assim definidos nos termos da Lei 8.429/2016, que será possível uma solução indiscutivelmente mais viável para se coibir os atos de corrupção para estas situações, sem que com isso, mais uma vez, se coloque em discussão a violação a direitos fundamentais, ou dúvidas acerca da constitucionalidade da medida.

Em se tratando de improbidade administrativa uma questão que se coloca é se o regime da Lei 8.429/1992 seria aplicado apenas aos servidores públicos em sentido estrito ou se também atingiria os atos de corrupção praticados por agentes políticos de forma a contribuir com o combate à corrupção política que tanto prejudica o combate à corrupção sistêmica.

4.5.12.1 Aplicabilidade da Lei de Improbidade aos Agentes Políticos

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) representa um marco importantíssimo na construção de um estado democrático de direito e na implementação de instrumentos de controle eficazes e capazes de zelar pela moralidade na administração pública, além de compor, junto com outros dispositivos legais, o conjunto de medidas à disposição dos órgãos de persecução para o alcance de suas competências institucionais.

O intuito da lei foi o de atingir todo aquele que atentasse contra a probidade da administração pública, sem considerar exceções de qualquer espécie. No entanto, em junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Reclamação 2138/DF, após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF/88, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da CF/88 e disciplinado pela Lei 1.079/50, entendeu que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF.

²⁰⁹ Lei 8.429/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 22/12/2016.

A questão ainda é polêmica e atual. O STF não possui entendimento firmado em relação a duas questões primordiais inerentes ao assunto em tela: primeiro, não se decidiu se há ou não foro especial para os agentes políticos nas ações de improbidade administrativa; segundo, não se firmou entendimento acerca da aplicabilidade ou não dos dois regimes aos agentes políticos (o da lei de improbidade e o dos crimes de responsabilidade).

Recentemente o plenário do STF iniciou em 19/11/2014, o julgamento de um agravo regimental na Pet 3240, que discute a competência da Corte para julgar atos de improbidade administrativa contra agente político. O único a votar até então, o atual relator do processo, Min. Teori Zavascki, manifestou-se no sentido de que o Supremo possui competência para julgar o caso. Na sequência, um pedido de vista do ministro Barroso suspendeu o julgamento. Pelo voto do relator, não há fundamento para eximir os agentes políticos da aplicação da lei de improbidade, entendimento que será defendido neste artigo nos itens seguintes.

4.5.12.1.1 Moralidade e probidade administrativas

A moralidade administrativa como um dos princípios reitores da administração pública consolidou seu *status* com o advento da Constituição Federal no *caput* do artigo 37. Na sequência, o parágrafo 4º do mesmo artigo imputou uma série de sanções ao sujeito ativo condenado por improbidade administrativa, o que nos permite concluir que a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa.²¹⁰

No mesmo sentido, Marcelo Figueiredo também afirma que a probidade seria espécie do gênero “moralidade administrativa”, sendo que o “núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações”.²¹¹

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]

²¹⁰ TEIXEIRA, Marcos Salles. Anotações sobre processo administrativo disciplinar. p. 946. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/rfb-anoacoessobrepad.pdf>>. Acesso em: 01/04/2015.

²¹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa* (Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar). 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 41.

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

4.5.12.1.2 Sujeito ativo na improbidade administrativa

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa será aquele que pratica o ato de improbidade, o que concorre para esta prática, ou ainda, o que extrai vantagens indevidas a partir do ato praticado. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92) identifica em seu texto dois grupos de sujeitos ativos, quais sejam, os agentes públicos e terceiros.²¹²

O artigo 1º da Lei 8.429/92 informa que serão punidos na forma da lei os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, seja servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

O art. 1º, § único da lei, ainda sujeita às penalidades os atos de improbidade praticados contra entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas, cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Pelo texto, pode-se constatar que a lei tem caráter nacional e sua aplicação não se dará apenas no âmbito da administração pública federal, mas também nos Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, e suas entidades, além disso, incluiu no universo de possíveis sujeitos ativos os agentes públicos quer sejam ou não servidores.

A intenção do legislador pelo que pode ser extraído do artigo 1º, foi no sentido de incluir no âmbito de sua abrangência toda e qualquer pessoa que se relacione com a Administração no sentido mais amplo possível, incluindo os agentes políticos, desde que respeitadas as disposições constitucionais conforme será demonstrado mais adiante.²¹³

²¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1093.

²¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa* (Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar). 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 45.

No direito, encontramos vários conceitos para “agente público”, dependendo das diversas definições legais expressas em textos esparsos no ordenamento, no entanto, a lei de improbidade definiu em seu artigo 2º o que deve ser considerado agente público para os fins a que se destina.

Logo, para a lei de improbidade, nos termos do artigo 2º, reputa-se agente público, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por **eleição**²¹⁴ (grifo nosso), nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades já mencionadas no artigo primeiro. É muito amplo, portanto, o conceito de agente público para fins de aplicação da lei de improbidade administrativa.

Utiliza-se em direito administrativo a definição de agente público para abranger os agentes políticos, os agentes colaboradores e os servidores públicos em geral, no entanto, para a lei de improbidade também se incluem neste rol, os empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, além das entidades beneficiadas por auxílio ou subvenção estatal.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o rol dos agentes públicos incluem:

(a) Os **agentes políticos** (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e Municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os **servidores públicos** (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); (c) os **militares** (que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos); e (d) os **particulares em colaboração com o Poder Público** (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).²¹⁵ (grifo nosso)

Os terceiros que podem ser responsabilizados pela lei de improbidade administrativa são mencionados no artigo 3º, e dizem respeito àqueles que mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Neste caso, se exige a presença necessária de um agente público concorrendo com o terceiro, para que ao terceiro seja imputada uma sanção por improbidade, ou ainda, um agente público sendo induzido pelo terceiro.

4.5.12.1.3 Prerrogativas dos parlamentares

²¹⁴ Merece referência a ressalva feita por Marcelo Figueiredo (FIGUEIREDO, Marcelo. Op. cit., p. 47) ao elogiar o legislador pelo cuidado ao reproduzir no texto legal a palavra “eleitos”, no sentido de deixar clara a intenção de incluir no rol da sujeição ativa da lei de improbidade esta categoria de agentes públicos.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 828.

A aplicação total e irrestrita da lei de improbidade administrativa aos servidores públicos²¹⁶ não suscita maiores discussões tanto nos tribunais quanto pela doutrina, entretanto, o mesmo não se pode dizer acerca da aplicação da Lei 8.429/92 em relação aos agentes políticos.

Di Pietro²¹⁷ nos traz importantes observações envolvendo a proteção que recebem os Parlamentares quanto ao exercício de seus mandatos, quais sejam, a **inviolabilidade** (imunidade material) por suas opiniões, palavras e votos e a **imunidade parlamentar** (grifo nosso).

O artigo 53 da CF/88 assegura que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos”, assegurada a mesma garantia aos Deputados Estaduais (art. 27, §1º, CF/88) e aos Vereadores na circunscrição do Município (art. 29, VIII, CF/88). Sendo assim, se algum Parlamentar praticar, no exercício do seu mandato, ato considerado como crime de opinião, restará afastada sua responsabilidade nas áreas criminal, penal e administrativa, não sendo possível aplicar a lei de improbidade administrativa nesses casos.

Quanto à imunidade parlamentar (art. 53, §§ 2º e 3º, CF/88), esta somente se refere à responsabilidade criminal, e como a improbidade administrativa constitui infração de natureza civil, nada impede que neste caso se aplique a lei aos parlamentares, lembrando que a imunidade parlamentar também se aplica aos Deputados Estaduais (art. 27, §1º, CF/88), mas não se aplica aos Vereadores por falta de previsão Constitucional. As leis orgânicas municipais podem prever imunidades parlamentares aos seus vereadores, mas neste caso não terão o condão de afastar a aplicação de normas constitucionais como no caso da que diz respeito à improbidade administrativa.

No entanto, ao se processar um parlamentar por improbidade administrativa, se for o caso de aplicação de perda do mandato, somente a casa respectiva poderá aplicar a medida, por ser de competência exclusiva conforme dispositivo constitucional (art. 55, II e IV, CF/88).

Em relação ao art. 55, II, CF/88, “perderá o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar”, Marcelo Figueiredo complementa que:

²¹⁶ Incluem-se nesta categoria de agentes públicos os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, sejam eles considerados servidores públicos ou agentes políticos, depender da classificação doutrinária adotada.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 829.

O Parlamento não poderá continuar a contar em seus quadros com uma figura condenada por improbidade administrativa no decorrer de seu mandato. A sua condenação, ainda que civil, é motivo mais do que suficiente para ensejar (possibilitar) a perda de mandato por ausência de decoro. Cremos que, se o ato de improbidade não foi cometido no exercício do mandato, não se *vinculou* a afinidade parlamentar, não há que se falar em perda do mandato. É, em síntese, necessária uma relação jurídica entre o ato de improbidade e o exercício do mandato.²¹⁸ (grifo do autor)

Na outra hipótese em que o parlamentar poderá perder o mandato, art. 55, IV, CF/88, “perderá o mandato o Deputado ou Senador que perder ou tiver suspensos os direitos políticos”, o art. 15, V, CF/88, inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a **improbidade administrativa** (grifo nosso), logo, nada impede que esta pena seja imposta, mas neste caso, a perda do mandato será “declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa” (art. 55, §3º, CF/88).

O mesmo raciocínio se aplica aos Deputados Estaduais nos termos do artigo 27, §1º, CF/88, sendo que para os Vereadores, por falta de previsão constitucional, não há o mesmo entendimento, tornando possível inclusive a aplicação da pena de perda da função pública diretamente por meio da ação civil por improbidade administrativa.

4.5.12.1.4 Ação de improbidade e autoridades mencionadas no art. 52, incisos I e II, CF/88

No artigo 52, I e II, e § único da CF/88 encontramos uma disciplina específica que estabelece competência privativa do Senado Federal para o processamento e julgamento dos crimes de responsabilidade das autoridades nele previstas. Em relação aos crimes comuns essas autoridades são julgadas pelo STF (art. 102, I, CF/88).

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

[...]

²¹⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa* (Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar). 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004, p. 46.

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

A condenação por crime de responsabilidade com a aplicação da perda do cargo com inabilitação para o exercício da função pública por oito anos se reveste de julgamento puramente político.

Para Di Pietro, segundo interpretação puramente literal do dispositivo, a especificidade do caso aparenta referir-se apenas aos crimes de responsabilidade praticados por estas autoridades, restando fora do alcance do dispositivo os atos de improbidade administrativa, já que nem sempre correspondem a ilícitos penais, estando, portanto, fora do alcance do artigo 52.

Entretanto, mediante interpretação sistemática da Constituição Federal, é nítido o entendimento de que o intuito do constituinte foi o de não permitir que as autoridades que ocupassem cargo de tamanha relevância no contexto político nacional não fossem julgadas por outras autoridades, salvo o STF para os casos de crimes comuns, ou o Senado Federal em relação aos crimes de responsabilidade. Logo, não faz sentido, que a mesma pena de perda do cargo, que também pode ser aplicada no caso de improbidade administrativa, pudesse ser decretada por autoridade de nível inferior.²¹⁹

Não significa dizer, seguindo este mesmo raciocínio, que a estas autoridades não se aplique a Lei 8.429/92, o que se permite concluir é que quando processados por improbidade administrativa passível de sanção com perda do cargo, deverão ser julgados pelo Senado Federal. Nada impede que sejam aplicadas as demais sanções previstas na lei de improbidade administrativa, dentre outras sanções possíveis, tal como previsto no parágrafo único do mesmo artigo 52 da CF/88, ao mencionar “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”, seja por crime comum ou ainda por improbidade administrativa.

Situação diversa se refere ao Presidente da República, e somente em relação a esta autoridade. O artigo 85, V, CF/88, inclui nos crimes de responsabilidade aqueles que atentem contra a probidade na administração.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
[...]

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 830-831.

V - a probidade na administração;

Seria, portanto, o Presidente da República, o único agente político constitucionalmente autorizado a ser processado exclusivamente pelo Senado Federal, independente de qual sanção seria aplicável no caso de cometimento de ato de improbidade administrativa.

4.5.12.1.5 Ação de improbidade e agentes políticos mencionados no art. 102, I, c, CF/88

Os agentes políticos são aqueles encarregados de traçarem as diretrizes essenciais à organização política do país, determinando os rumos estratégicos a serem percorridos para o atingimento da finalidade essencial de bom funcionamento do Estado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, são agentes políticos apenas “o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas”, além de incluir os “Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores”.²²⁰

A transitoriedade no exercício de suas funções é traço característico dos agentes públicos, já que sua investidura se dá, em regra, mediante eleição. Parte da doutrina amplia o conceito de agente político para albergar os Magistrados, os membros do Ministérios Público e dos Tribunais de Contas. Não é a posição adotada por Carvalho Filho e Di Pietro, para quem, respectivamente:

[...] o que caracteriza o agente público não é só o fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem *efetivamente* (e não *eventualmente*) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.²²¹ (grifo nosso)

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivo federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação.²²²

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006, p. 229-230.

²²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 595.

²²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 513.

Independentemente da posição doutrinária adotada em relação à conceituação de agentes políticos, o artigo 102, I, c, CF/88 nos traz importante nota no que diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento das infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade dos agentes políticos elencados:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Sobre os crimes de responsabilidade mencionados no referido dispositivo constitucional, sua disciplina encontra respaldo na Lei nº 1.079/50, enquanto que as infrações penais comuns estariam normalmente regulamentadas na legislação penal distribuída no ordenamento, seja no código penal ou então na legislação penal especial.

Contudo, nos idos de 2002, no dia 20 de novembro, o assunto adquiriu notória polêmica quando o Supremo Tribunal Federal interrompeu, naquela data, o julgamento da Reclamação 2138/DF (RCL 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 16/06/07, Boletim nº 471, de 20/06/07, do STF).

A Reclamação discutia o foro privilegiado e a aplicação da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) aos agentes políticos. Segundo a tese que prevaleceu, do relator Min. Nelson Jobim, os agentes políticos não podem ser julgados pela lei de improbidade administrativa porque já estariam submetidos a regime especial de responsabilidade, previsto anteriormente pela Lei 1.079/1950, que prevê os crimes de responsabilidade.

Já na época, antes mesmo da publicação do acórdão no sentido da tese do relator, o assunto causou perplexidade e descontentamento na doutrina. Para Alexandre de Moraes, “tal posicionamento em que pese a excelência de seus defensores, enfraquecerá o combate à improbidade administrativa e tornará mais ineficaz a luta contra a corrupção no Brasil”.²²³

O artigo 37, §4º, CF/88 não excepcionou nenhum agente público que tenha cometido ato de improbidade administrativa, muito menos a Lei 8.429/92 o fez, pelo

²²³ MORAES, Alexandre de. Transparência e efetivo combate à corrupção. *Boletim IBCCRIM*, v. 11, n. 126, 2003, p. 14.

contrário, informou que serão punidos na forma da lei os atos de improbidade praticados por **qualquer agente público** (grifo nosso), seja servidor ou não.

Apesar da indignação doutrinária e da opinião pública acerca do tema, além do Ministério Público como encarregado da ação civil por improbidade administrativa, o entendimento que prevaleceu na corte foi no sentido de que os agentes políticos referenciados no artigo 102, I, c, CF/88, não se sujeitam ao processamento pelo cometimento de infrações previstas na lei de improbidade administrativa.

Essa não parece ter sido a decisão mais acertada segundo a melhor doutrina, conforme será demonstrado, e também pelo que preceituam os valores republicanos e do pacto federativo.

Carvalho Filho²²⁴ nos indica três entendimentos possíveis no que diz respeito à responsabilização dos agentes políticos em relação aos atos de improbidade por eles praticados, senão vejamos:

- a) **Primeira possibilidade** – a primeira interpretação indica que a ação de improbidade nos termos previstos na Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa) seria uma ação independente das ações que dizem respeito aos crimes comuns e daquela prevista na Lei 1.079/50 (lei dos crimes de responsabilidade). Por este entendimento a lei de improbidade existiria independente das demais, sendo possível sua aplicação plena e concomitante.
- b) **Segunda possibilidade** – segundo esta interpretação, sendo o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa um agente político, a Lei 8.429/92 não poderia ser aplicada em hipótese alguma. O argumento principal desta tese se basearia no fato de que os agentes políticos teriam um regime próprio de responsabilidade, diferentemente do que seria válido para os demais agentes públicos. Também agrega argumentos a esta interpretação o fato de que, em tese, as sanções previstas na Lei 8.429/92 estariam carregadas de um **forte conteúdo penal** (grifo nosso), e que por isso não faria sentido sua aplicação, justamente por já estarem previstas consequências até mesmo menos gravosas na legislação penal. Concluindo, estariam afastados da aplicação da Lei 8.429/92, por “indicação constitucional”, os sujeitos previstos nos artigos 52, I e II, e 102, I, c, todos da CF/88. Este entendimento, conforme já mencionado, foi o conteúdo do acórdão referente à Reclamação 2138/DF e é um dos

²²⁴ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1096-1097.

posicionamentos do STF a respeito desta possibilidade, ainda, segundo o Supremo, é o STF e não o juízo de primeiro grau que tem competência para processar e julgar Ministro da própria Corte, segundo o que ficou decidido na Pet. QO 3211 DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

- c) **Terceira possibilidade** – por esta última interpretação possível, entende-se que as Leis 1.079/50 e 8.429/92 poderiam conviver harmoniosamente no sistema, observando-se apenas sua aplicação em relação aos agentes políticos quando a sanção respectiva tiver natureza política (perda do cargo / suspensão dos direitos políticos), uma vez que nesses casos o processamento deveria se dar em observância à lei de responsabilidade e conforme disposição constitucional. No entanto, sendo a infração passível de outras sanções que não estas de natureza eminentemente política, quais sejam, multa civil, reparação de danos, proibição de benefícios creditícios ou fiscais, entre outras, aplicar-se-ia normalmente a lei de improbidade administrativa. Ademais, vale lembrar que o próprio *caput* do artigo 12 da Lei 8.429/92, abaixo reproduzido, ressalta a independência entre as instâncias quando o assunto diz respeito à prática do ato de improbidade, além de ser possível identificar em seus incisos a natureza das sanções aplicáveis, ou seja, quando são de natureza político-administrativa e também quando são de natureza puramente administrativa.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Considerando-se as três soluções possíveis apresentadas, a que atua em prol da harmonização do sistema como um todo, parece ser a terceira, já que possibilita o processamento dos agentes políticos por improbidade administrativa, respeitando, contudo, a prerrogativa do foro especial quando a pretensão se referir à aplicação de sanção com a perda do cargo.

Nesse mesmo sentido, também Di Pietro nos deixa a lição de que a improbidade administrativa e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias distintas, sendo distintos também seus objetivos. Todos os agentes públicos, sem exceção, estão sujeitos a sanções civis, penais, administrativas e político-administrativas, em esferas de atuação independentes entre si, não havendo previsão constitucional para isentar os agentes políticos em nenhuma hipótese, até mesmo porque é justamente desta categoria de agentes públicos que se espera um maior grau de responsabilidade e compromisso com a probidade administrativa, sendo assim, o normal seria que respondessem com maior rigor pelas infrações cometidas no exercício dos seus cargos. Também nesse sentido foi o voto do Min. Joaquim Barbosa, acompanhando o voto vencido do Min. Carlos Veloso na indigitada Reclamação 2138/DF.²²⁵

A matéria ainda carece de uniformização, tanto no STF quanto no STJ há necessidade de se firmar o devido entendimento, primeiramente com relação ao cabimento ou não de ação de improbidade administrativa em face dos agentes políticos referenciados nos dispositivos constitucionais acima apontados, e em segundo lugar, qual seria o foro competente para decidir sobre essas questões.

Em julgamento de Agravo Regimental na Pet. 3240, que discute a competência do STF para julgar atos de improbidade administrativa contra agente político, mais uma vez o assunto volta à pauta. O relator do processo, Min. Teori Zavascki, manifestou-se no sentido de que o STF tem competência para julgamento. O julgamento foi suspenso em função de um pedido de vista do Min. Barroso. Neste caso, o recurso foi interposto após decisão proferida pelo Min. Ayres Britto, determinando a baixa dos autos para o juiz de primeiro grau uma ação de improbidade administrativa na qual o réu é um Deputado Federal.

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 832.

Apesar da defesa sustentar a existência de decisão na Corte no sentido de reconhecer a inexistência de dois regimes distintos (improbidade administrativa e crime de responsabilidade) para os agentes políticos, o relator entendeu que o STF ainda não firmou sua posição a respeito deste tema, que envolve a discussão de duas questões: a) a primeira seria a aplicação ou não da lei de improbidade em relação aos agentes políticos; b) a segunda questão envolvida seria em relação ao foro especial quando a pauta diz respeito ao processamento das ações de improbidade administrativa em face dos agentes políticos.

Ao lado desta perspectiva caminha como precedente no STF a Pet. 3923 QO/SP²²⁶ de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, julgada na mesma seção em que se decidiu pela inaplicabilidade da lei de improbidade aos agentes políticos referidos no art. 102, I, c, CF/88 (Rcl 2138/DF). Na Pet. 3923 QO/SP, decidiu-se que em relação a Deputado Federal, no caso concreto, não há que se falar em inaplicabilidade da lei de improbidade.

Espera-se que futuramente o STF possa adotar o entendimento de que aos agentes políticos se aplica o regime estipulado na Lei 8.429/92, independentemente de reconhecer ou não o foro especial para esta ação em relação a estes mesmos agentes políticos nas ações de improbidade administrativa. Uma harmonização nesse sentido iria ao encontro do princípio da isonomia que deve ser mantido em relação aos demais agentes públicos.

Destarte, restará demonstrado que o desejo por um combate mais efetivo contra os atos de corrupção ganhará mais um importante aliado, qual seja, a Lei 8.429/92, que acredita-se, nas mãos do Ministério Público e das Corregedorias distribuídas pelo Brasil, pode consistir em uma importante ferramenta de desarticulação daqueles, cujo único desígnio é se apoderar da coisa pública e dos benefícios indevidos que o cargo público possa lhes proporcionar.

4.5.12.2 Corrupção como crime hediondo

Mais uma decorrência da recente onda de protestos, foi a antecipação do debate acerca da inclusão da corrupção no rol dos crimes considerados hediondos nos termos do que é definido pela Lei nº 8.072/90.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, estipula que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, dentre outros, os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo

²²⁶ Pet. 3923 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 13/06/07, Boletim nº 471, de 20/06/07.

evitá-los, se omitirem. Desta feita, deixou a cargo do legislador ordinário o encargo de elaborar uma definição para os ditos crimes hediondos, no entanto, tal mister não foi levado a efeito de forma que entende-se como crimes hediondos aqueles que, em virtude da componente axiológica, são dotados de maior desvalor e reprovação por parte do Estado, merecendo maior repulsa pela sociedade, e portanto, devem ser punidos de forma diferenciada.

A Lei nº 8.072/90, que prevê os crimes hediondos traz um rol taxativo dos crimes considerados como tal, tendo sido por diversas vezes alterada para alargar o rol desses crimes.

A medida de número 3, proposta pelo MPF, sugere que sejam alteradas as penas dos arts. 312 e § 1º, 313-A, 316, 316, § 2º, 317 e 333, englobados no sentido amplo do termo “corrupção”, as quais passam a ser de 4 a 12 anos. Com isso, a prática do crime passa a implicar, no mínimo, prisão em regime semiaberto. Esse aumento da pena também enseja aumento do prazo prescricional que, quando a pena superar quatro anos, passa a ser de 12 anos. Além disso, é inserido o art. 327-A no Código Penal, criando um escalonamento da pena desses crimes, segundo o valor envolvido na corrupção. Uma última sugestão é a inserção do inciso IX ao art. 1º da Lei nº 8.072/1990, a corrupção (os crimes acima indicados) de valores superiores a cem salários mínimos passa a ser considerada crime hediondo, não cabendo, dentre outros benefícios, o perdão da pena, integral ou parcial (indulto ou comutação).

Outras propostas encaminhadas ao Congresso Nacional seguem tramitando e segundo o MPF são ainda mais rigorosas na medida em que não são previstos critérios de escalonamento segundo valores para que se considere a corrupção como crime hediondo.

Que o crime de corrupção merece a devida acolhida como crime de extrema repulsa e indignação não resta dúvida, contudo, incluí-lo no rol dos crimes hediondos requer um estudo prévio pormenorizado acerca da própria lei de crimes hediondos, que já vem sofrendo fortes críticas, ainda sendo objeto de dedicados estudos quanto à sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico penal. Não se pode, portanto, no afã de atender ao pleito encampado pelo MPF, ainda que sob o argumento da iniciativa popular, proceder a uma aprovação acrítica e antecipada de um tema tão delicado como é o da classificação dos crimes hediondos.

Feitas estas breves considerações, importantes para que se coloque em evidência a relevância da medida proposta pelo MPF, passaremos a cuidar com maiores detalhes do

estudo dos fundamentos do direito em se aplicar uma punição, e qual seria sua justa medida.

4.5.12.2.1 Sobre o direito de punir

Cesare Beccaria, ao relatar sobre a origem das penas e do direito de punir, não acreditava que as pessoas pudessem sacrificar parte de sua liberdade pelo simples fato de estarem com isso contribuindo para o bem público. Antes, acreditava que o interesse pessoal seria a única força capaz de unir os homens ao redor de um interesse político determinado, sendo a moral política completamente inerte em relação a esta finalidade, e a lei seria o instrumento eficaz para a completude desta união.

Dessa unificação de vontades, antes isoladas em prol de um desígnio maior e direcionado a um fim determinado, surge a nação soberana, como resultante do sacrifício de várias parcelas de liberdade.

A partir da necessidade de se proteger este bem comum maior que é o somatório das valiosas parcelas de liberdade que cada indivíduo cede para a constituição de uma nação soberana, surge a necessidade de implementação de mecanismos capazes de coibir ações que visem infringir as leis.

Ainda na esteira do que nos ensina o ilustre filósofo, encontramos importante conclusão acerca do fundamento para o direito de punir e sua conseqüente limitação quanto aos seus excessos:

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.²²⁷

Portanto, para Beccaria, os homens se unem em sociedade por meio de um contrato social, sendo este a origem do fundamento do poder punitivo do Estado e que se operacionaliza mediante a elaboração das leis nas mãos do parlamento, este poder último é indelegável. É uma ideia utilitarista de prevenção da pena, ou seja, a pena teria uma

²²⁷ BECCARIA, Cesare. §II A origem das penas e o Direito de Punir. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 2000, p. 14-16.

função intimidatória, devendo ser aplicada para que outros indivíduos se sintam coagidos a não praticarem os atos reprovados pelo estado.

A partir da exigência de produção legislativa para que se defina que atos serão reprovados pela sociedade, exsurge o tão aclamado princípio da legalidade penal previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República, no qual estatui que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Kant, assim como Beccaria, atribui ao estado este poder punitivo, ao contrário de Hegel que vê no delito em si a negação de um direito, renegando que a punição seja fruto de um contrato social.

Na filosofia hegeliana, há o reconhecimento da pena como um direito do criminoso na medida que pratica ato racional dirigido a um determinado fim. O ser humano se dignifica na medida em que a aplicação da pena é compreendida como instrumento racional de complementação do ato criminoso praticado.

A ideia de retribuição em Hegel, encontra defesa na representação universal de uma experiência psicológica, o que se traduz, no caso da pena, no “sentimento geral dos povos e dos indivíduos perante o crime” de que “o crime merece a punição e o criminoso deve responder pelo que fez”.²²⁸

4.5.12.2.2 Justiça e retribuição - Considerações iniciais sobre a justiça

Aristóteles considerava a justiça a maior das virtudes, uma virtude total e mais completa, pois possibilita o exercício de sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo. Na busca por um caminho que pretenda explicar as formas de justiça, encontra-se no livro V da obra aristotélica denominada “Ética a Nicômaco”, seus estudos acerca do tema. Nesta obra, Aristóteles estabelece alguns critérios e faz uma série de classificações sobre as formas de justiça dependendo do significado que se deseja atribuir ao termo. A principal classificação para este estudo, diz respeito à divisão em justiça de particular (distributiva e corretiva) e justiça universal.

Aristóteles influenciou a elaboração do conceito de justiça no mundo ocidental, a ciência jurídica moderna utiliza seus ensinamentos para considerar o Direito não mais a pura aplicação de normas positivadas, mas sim de forma a operar técnicas como a equidade, a utilidade e da ordem social conforme as virtudes da convivência humana.

²²⁸ HEGEL, G. W. F. Justiça, punição e vingança, Trânsito do direito a moralidade subjetiva. In: HEGEL, G. W. F. Hegel. *Princípios de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, itens 100-104, p. 89-90.

Primeiramente se debruça Aristóteles no estudo da justiça particular, deixando para falar sobre justiça universal em momento posterior. Assim, o termo justiça diz respeito ao seu sentido de igualdade. Tercio Sampaio Ferraz coloca que existe um campo da ação humana em que se aplica a justiça e a injustiça no sentido particular aqui referenciado, “e que corresponde à esfera da honra, do dinheiro, da segurança, onde a injustiça tem em vista o prazer proveniente do ganho ilícito e a justiça, o ganho equitativo”.²²⁹

Essa mesma justiça particular se divide em duas espécies, a justiça distributiva e a justiça corretiva. A justiça distributiva era entendida como aquela que deveria seguir no ideal de retribuir a cada qual o que lhe seria devido. Para Aristóteles, a justiça distributiva:

[...] tem o seu campo de aplicação nas distribuições da honra ou riqueza bem como de tudo quanto pode ser distribuído em partes pelos membros de uma comunidade (na verdade, é possível distribuir tudo isto e partes iguais ou desiguais por uns e por outros). [Esta justiça é distributiva].²³⁰

A respeito da justiça corretiva, fiquemos com a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior, que preferiu fazer referência ao termo “diortótica”:

A justiça diortótica é a segunda espécie da justiça particular. É a que realiza a igualdade nas transações individuais, mas, diferentemente de distributiva, não leva em conta os sujeitos da relação igualitária, mas sim as coisas que devem ser igualadas. Em outras palavras, a justiça diortótica, ao contrário da justiça distributiva, à qual importa o mérito das partes, visa apenas a medir impessoalmente o dano e a perda, supondo iguais os termos pessoais.²³¹

Por último, e como mostra de uma tendência platônica para o senso de justiça em Aristóteles, fala-se de uma justiça universal. O justo, neste caso, corresponde ao que é conforme à lei e ao que nela se adequa. Para esta forma de justiça, segundo Aristóteles, o que se exprime por intermédio da lei, todas as suas ações, são naturalmente justas. Tercio Sampaio Ferraz Junior chama atenção para o fato de que a lei no sentido aristotélico se revestia de um caráter mítico, sendo entendida como revestida de certa rigidez e até imutabilidade dado o seu caráter divino.²³²

Colocadas essas questões introdutórias a respeito do início das discussões científicas acerca de uma definição plausível para o significado do termo justiça e suas formas de expressão, começamos a contrapor o termo com outros conceitos para que não

²²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 197-198.

²³⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

²³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 206.

²³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 216.

se confunda uma forma com a outra, o que por si só prejudicaria o estabelecimento do sentido que busca-se propor ao tema.

4.5.12.2.3 Justiça e vingança

Paul Ricoeur refletiu sobre o paradoxo existente entre as ideias de espírito de vingança e senso de justiça. O surgimento da ideia de senso de justiça aparece dentro da experiência sensorial de cada indivíduo a partir de um sentimento de desproporção entre partes ou em determinadas situações cotidianas que nos levam a acreditar que estamos diante de injustiças. A partir destas considerações iniciais, na medida em que aperfeiçoamos a compreensão do tema, estaremos diante da diferenciação entre justiça social, justiça penal e justiça civil.

Ricoeur informa que não se pode fazer justiça com as próprias mãos, existirá sempre a necessidade de um terceiro ator entre o ofensor e vítima. Esse distanciamento permite a transição da justiça como virtude e justiça como instituição. O filósofo segue na história do pensamento desde os ensinamentos de Sócrates, Platão, Aristóteles, Kant e Hegel, na ideia de que justiça é virtude. Há conexão entre justiça e igualdade, mas a igualdade que se quer supor não seria aquela relativa à distribuição de bens entre rivais, mas uma igualdade de valores, ou seja, uma igualdade que considere a vida do outro tão importante quanto a sua própria vida. Dentre as demais virtudes, a justiça é aquela virtude orientada para outrem.

Entra em cena, neste ponto, o conceito de justa distância e o importante papel que a arbitragem exerce perante dois interesses conflitantes. Em que medida o árbitro contribui para a ruptura da ligação entre justiça e vingança? Repise-se a necessidade de haver um monopólio do estado no que diz respeito ao uso da violência legítima, e como consequência a proibição da justiça privada para interromper a escalada da violência.²³³

4.5.12.2.4 Justiça e violência

A função da ação judicial é transferir os conflitos do nível da violência para o nível da linguagem e do discurso, sem a instituição deste mecanismo, a tarefa de suprimir uma escalada da violência privada restaria seriamente comprometida.

²³³ RICOUER, Paul. Justiça e vingança. In: RICOUER, Paul. *O justo 2: justiça verdade e outros estudos*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 251-253.

Ainda que não possa parecer eivado de manifesta violência, remanesce certo grau residual de violência mesmo no discurso proferido pelos magistrados. Isto porque se verifica certa dose de violência na imposição Estatal como corpo político e de seu representante para esta finalidade: a magistratura.

No último estágio de manifestação deste poder punitivo estatal encontramos a sentença. Esta põe fim a uma confrontação verbal (ato conclusivo) e impõe um castigo (punição) a uma das partes. Parte de nossa liberdade é posta nas mãos da justiça. No dizer de Ricoeur “no estágio de imposição da sentença, essa parte de justiça é ao mesmo tempo uma palavra de força, portanto, em certa medida, de violência”.²³⁴ A partir da sentença instaura-se um novo processo, a execução da sentença.

A sentença penal impõe uma espécie de violência legal. A punição como pena reabre o caminho para o espírito de vingança, como um círculo vicioso. Ricoeur fala em fracasso coletivo de nossa sociedade à falta de alternativa em relação ao encarceramento, ao cerceamento de liberdade, restando apenas “preservar para os detentos a perspectiva de reintegração na comunidade dos cidadãos livres, o projeto de recuperação de sua plena cidadania”.²³⁵

A prisão deve, nessa perspectiva de releitura de uma justa punição, ser entendida como parte da sociedade, sendo o grande desafio dotar-se de meios adequados de ressocialização e reabilitação dos detentos, pondo um fim à “exclusão física e simbólica, em que consiste a prisão”, para utilizar a expressão de Ricoeur, além de trazer à baila discussões a respeito do tempo de detenção reduzindo-o ao mínimo necessário.

Por último, se coloca a problemática de quais seriam as finalidades da punição, onde enxerga o filósofo haverem duas finalidades bem nítidas, sendo uma no curto prazo (proteção da sociedade contra toda e qualquer ameaça à ordem pública) e uma outra de longo prazo (restauração da paz social), e conclui de forma que em sua análise não se discutiu a legitimidade das medidas em vigor, mas tão somente o tratamento dispensado ao paradoxo entre o ressurgimento do espírito de vingança em face de uma justiça “desejável”, não apresentando uma solução para este conflito, subsistindo apenas uma solução pragmática.²³⁶

²³⁴ Ibidem, p. 258.

²³⁵ RICOUER, Paul. Justiça e vingança. In: RICOUER, Paul. *O justo 2: justiça verdade e outros estudos*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 259.

²³⁶ Ibidem, p. 253-260.

4.5.12.2.5 Justiça e pena de morte

Entramos agora em terreno bastante delicado. O debate acerca da abolição da pena de morte é marcadamente recente para a história da humanidade. Conforme bem demarcado por Norberto Bobbio:

Jamais se pôs em dúvida que, entre as penas a infligir a quem violou as leis da tribo, ou da cidade, ou do povo ou do Estado, estivesse também a pena de morte, ou mesmo que a pena de morte fosse a rainha das penas, aquela que satisfazia ao mesmo tempo as necessidades de vingança, de justiça e de segurança do corpo coletivo diante de um dos seus membros que se havia corrompido.²³⁷

Naturalmente aceita desde os primórdios das civilizações, a pena de morte, que até então vinha sendo plenamente autorizada, encontra seu primeiro grande debate com a obra de Beccaria em 1764, argumentando racionalmente pela abolição da pena de morte.

Beccaria ao defender o ideal utilitarista das penas estabelecidas contra os infratores das leis, fala em “necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos”²³⁸ e sobre a finalidade das penas acrescenta que “o fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”.

A partir das colocações apresentadas nos resta saber, do ponto de vista da filosofia de Beccaria, qual seria o potencial intimidador da pena de morte. Norberto Bobbio em seu ensaio “Contra a pena de morte” rememora as razões levadas a efeito por Beccaria no parágrafo intitulado “Doçura das penas”, que introduz a ideia principiológica de que é despiciendo que uma pena seja cruel para que atinja sua finalidade dissuasória. No linguajar popular seria a famosa frase “não é necessário matar uma formiga com um tiro de canhão”, também presente no princípio da proporcionalidade dos meios empregados.

Além da certeza da pena, segundo Bobbio, Beccaria introduz uma segunda razão para a desconsideração da pena de morte, ao informar que o que causa a intimidação não é a intensidade da pena, mas sim sua extensão, citando como exemplo o caso da prisão perpétua, e complementa: “A pena de morte é muito intensa, ao passo que a prisão perpétua é muito extensa. Portanto, a perda perpétua total da própria liberdade tem mais força intimidatória do que a pena de morte.”²³⁹

²³⁷ BOBBIO, Norberto. *Contra a pena de morte: O debate atual sobre a pena de morte*. In: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 147.

²³⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 41.

²³⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 149.

Então, primeiro, uma pena não precisa ser cruel e, segundo, o que importa é sua extensão e não a intensidade com que é aplicada, esses são os argumentos a serem considerados em uma análise na qual se pretende discutir a utilidade do enquadramento da corrupção como crime hediondo.

Ainda em relação às razões apresentadas por Beccaria contra a pena de morte, este fundamentou o poder punitivo do Estado por meio da concepção de um contrato social prévio mediante o qual cada indivíduo abriria mão de parcela de sua liberdade individual no sentido de promover as adesões sociais necessárias ao convívio de toda a sociedade em função de um bem comum. Norberto Bobbio enuncia esta razão chamada por ele de argumentação contratualista nos seguintes termos:

se a sociedade política deriva de um acordo dos indivíduos que renunciam a viver em estado de natureza e criam leis para se proteger reciprocamente, é inconcebível que esses indivíduos tenham posto à disposição de seus semelhantes também o direito à vida²⁴⁰.

Hegel refuta o último posicionamento de Beccaria, uma vez que este defendia a tese de que não seria possível admitir que implicitamente, os indivíduos de uma determinada sociedade teriam consentido atribuir ao Estado o direito de aplicação da pena de morte, considerando o contrato social. Para Hegel, e na esteira do que já foi dito em relação ao seu pensamento, compreende-se a pena como um direito do criminoso, o Estado “é antes a realidade superior e reivindica até tal vida e tal propriedade, exige que elas lhe sejam sacrificadas”²⁴¹.

4.5.12.2.6 A justa punição

Expostos os posicionamentos de renomados filósofos acerca do que seria uma justa punição e retomando a temática inicialmente proposta acerca da justa punição para os crimes envolvendo casos de corrupção, seja ela de ordem política ou administrativa, algumas proposições se colocam diante desta questão.

Em relação à pena de morte, os argumentos carreados por Norberto Bobbio e expostos no item anterior, fazem crer que não há razões para acreditar na efetividade desta

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ HEGEL, G. W. F. Justiça, punição e vingança, Trânsito do direito a moralidade subjetiva. In HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, itens 100-104, p. 89.

medida. Cesare Beccaria nos deixou uma importante lição quando discorreu acerca da moderação das penas, senão vejamos:

Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.²⁴²

Por outro lado, a consideração da corrupção como crime hediondo não parece, em princípio, resolver o sentimento de impunidade que permeia as atitudes em prol desta classificação para os crimes de corrupção. Não é uma maior gravidade imposta, mas sim a certeza de punição, o que fará com que a sociedade se sinta atendida na medida em que passaram a acompanhar o cumprimento das sentenças por aqueles que forem condenados. Ao contrário do que ocorre em relação a tipificações como roubo, furto, entre outros, que são praticados principalmente por cidadãos das assim consideradas classes C e D, as condenações por aqueles que cometem crimes de corrupção são ínfimas quando comparadas aos primeiros, e quando existem, normalmente são aqueles praticados por servidores públicos de baixo escalão ou de servidores efetivos. Estudos demonstram que a probabilidade de um servidor público corrupto ser efetivamente condenado é de aproximadamente 3%²⁴³, o que demonstra a ineficiência da persecução penal nos casos de corrupção, e que por outro lado, ratifica a ideia de que se torna cada vez mais relevante investimentos em áreas de correição e controladoria, atingindo-se resultados mais eficientes em sede de processos administrativos disciplinares e de responsabilização de pessoas jurídicas com o advento da Lei Anticorrupção.

Afastando a ideia de que o crime seria definido como uma disfunção ou inadaptação de pessoas de classes menos favorecidas, surge a teoria da associação diferencial, onde Sutherland sugere que segundo um conceito de organização diferencial, certos criminosos aprendem determinados valores criminais. No caso dos crimes do colarinho-branco, a repulsa pela prática desses crimes tem aumentado na medida em que não há no país uma tradição na condenação e consequente execução desses crimes.

O crime do colarinho-branco é aquele que é cometido no âmbito da sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social. Cinco aspectos relevantes podem ser destacados a partir desta definição. O crime de colarinho-

²⁴² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 91-92.

²⁴³ RIBEIRO DE ALENCAR, Carlos Hígino; GICO JR., Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV São Paulo*, jan/jun 2011, p. 89.

branco é um crime. E o é porque suas consequências são tão gravosas como quaisquer condutas criminais. Algumas vezes até mais gravosas. Ademais é cometido por pessoas respeitáveis. Com elevado estatuto social. Ele é praticado no exercício da sua profissão, o que evidentemente exclui todos os demais crimes que, embora realizados por aqueles agentes acima nomeados, relacionam-se com sua vida privada. Ocorre, em regra, com uma violação de confiança.²⁴⁴

Talvez um investimento maior em instrumentos capazes de detectar a origem e autoria desses crimes, com uma processualística penal rápida e eficiente, como uma punição a rigor efetiva em face daqueles que o praticassem, fosse de maior relevância para o que se quer buscar, por esses motivos acredita-se não ser o caso de reduzir a importância da 10 Medidas contra a Corrupção propostas pelo Ministério Público, mas sim buscar uma ampliação do debate onde um combate efetivo passa necessariamente pelo reforço dos institutos legais, por meio da eficiência do judiciário e com leis efetivamente incisivas.

A manutenção da importância dos direitos humanos, a vedação de penas cruéis e a não recepção de medidas populistas, também devem se manter no plano de abordagem todas as vezes em que o cientista se debruçar sobre este tema, haja vista o extenso caminho já percorrido pela humanidade ao tratar do direito e suas formas de justiça.

Alberto Silva Franco discorda, ainda em relação à terceira medida proposta pelo MPF, do fato dos crimes referenciados se tornarem molduras móveis, ou seja, penas que variam de 7 a 15, 10 a 18 e de 12 a 25 anos, a depender do valor da vantagem ou prejuízo for igual ou superior, respectivamente, a 100, 1.000 ou 10.000 salários mínimos, o que vai de encontro à individualização da pena conforme inciso XLVI do art. 5º da CF/88, ou seja, um modelo penal fixo. Esses modelos de molduras penais flexíveis não cabem no sistema brasileiro.²⁴⁵ Ele também considera o princípio da proporcionalidade para que haja um “juízo de ponderação entre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena).” Havendo desequilíbrio acentuado, estabelece-se a desproporção.²⁴⁶

4.5.12.3 *Whistleblower* (Reportante)

4.5.12.3.1 Conceito

²⁴⁴ SCHECARIA, Sergio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 176.

²⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. 6. Corrupção como crime hediondo – Fábrica produtora de etiquetas. . *Boletim IBCCRIM*, ano 23, n. 277, dez. 2015, p. 9. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 23/12/2016.

²⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 10. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 23/12/2016.

A tradução literal do termo *whistleblower* seria assoprador (*blower*) de apito (*whistle*). Para a comunidade jurídica internacional, o termo refere-se a toda pessoa que uma vez tomando conhecimento de informações acerca de um ilícito seja na esfera civil ou penal, espontaneamente leva ao conhecimento de uma autoridade competente informações relevantes sobre o ato ilícito praticado. As irregularidades relatadas podem ser atos de corrupção, fraudes, malversação de recursos públicos, atos que coloquem em risco à saúde pública, direitos dos consumidores, dentre outras irregularidades que possam ser reportadas aos agentes públicos para que avaliem sobre as possibilidades de deflagração e investigação de interesse público.

O interessante é destacar que o *whistleblower* é qualificado de forma diferenciada justamente por deter um conhecimento privilegiado sobre os fatos, que pode decorrer ou não do ambiente onde trabalha. O instituto jurídico do *whistleblower*, ou reportante²⁴⁷, trata-se de ferramenta de grande utilidade para que autoridades públicas possam desencadear investigações no sentido de elucidar ilícitos já cometidos ou para deter atos que ainda estariam por acontecer. Na grande maioria dos casos, o reportante é simplesmente um cidadão honesto que, não tendo participado dos ilícitos reportados, deseja que a autoridade pública tenha conhecimento e apure as irregularidades.²⁴⁸

4.5.12.3.2 Diferença entre programa *whistleblower* (reportante) e colaboração premiada

A legislação brasileira já trata da colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013, que define as organizações criminosas. Pelo que ficou comprovado como resultado das operações Mãos Limpas na Itália, e Lava Jato no Brasil, o instituto é de extrema relevância para a investigação e resolução de casos de corrupção e lavagem de dinheiro. Em episódio recente, no do fechamento deste trabalho, as empresas Odebrecht e Braskem firmaram aquele que pode ser considerado o maior acordo de leniência já realizado no mundo. O acordo foi firmado entre as empresas e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DoJ), a comissão de valores mobiliários americana (SEC) e a Procuradoria Geral da

²⁴⁷ O termo reportante foi escolhido durante a realização das reuniões da Ação 4 da ENCCLA para denominar o instituto do *whistleblower*. Conforme discutido, o termo reportante evita que haja uma interpretação equivocada como no caso da delação premiada em relação ao termo preferido pelo Ministério Público: colaboração premiada. O termo denunciante também é muito utilizado nas publicações sobre o tema, ²⁴⁸ Como a Ação 4 da ENCCLA tem trabalhado a figura do “reportante”, com vistas ao avanço do ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/noticias/o-que-e-o-whistleblower>>. Acesso em: 24/12/2016.

Suíça, e se relaciona ao pagamento de propina a políticos brasileiros e executivos da Petrobras²⁴⁹. O valor total acordado para ressarcimento é de R\$ 6,95 bilhões, sendo que desse valor do principal R\$ 5,3 bilhões serão destinados ao Brasil para ressarcir as vítimas afetadas pelas duas empresas à União, Estados, Municípios e Empresas lesadas como a própria Petrobras²⁵⁰. Os acordos de leniência normalmente são firmados após a descoberta de grandes escândalos de corrupção, no entanto, por serem de difícil elucidação, muitos desses crimes jamais teriam sido solucionados sem a utilização da delação premiada.

A colaboração premiada é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, em seu interrogatório ou outro ato processual.²⁵¹ O prêmio da delação, neste caso, é um incentivo oferecido pelo legislador em forma de benefícios, como redução de pena ou extinção da punibilidade.

No caso do *whistleblower*, este não é envolvido com a organização criminosa, mas tão somente um terceiro que em virtude de uma posição privilegiada qualquer detém informações de conteúdo relevante para eventual investigação.

Interessante notar que quando comparados os dois institutos, o *whistleblower* não tem o condão de receber as mesmas críticas feitas à delação premiada no que diz respeito aos preceitos éticos da Constituição Federal de 1988, uma vez que o conteúdo probatório extraído de um acordo de delação premiada, em tese, e para aqueles que assim advogam, seria obtido mediante um ato de traição.²⁵²

O reportante não tem nenhum interesse processual na incriminação do agente infrator, não se beneficia de uma eventual condenação e não faz parte do grupo criminoso a ser afetado. Seu único interesse seria na proteção de interesses ligados ao correto funcionamento da Administração Pública, ou ainda, precaver-se de eventual envolvimento indireto com as ilicitudes praticadas, ainda que determinado programa de *whistleblower* contenha previsão de incentivos e premiações para os reportantes em alguns casos

²⁴⁹ MAIA, Camila. Odebrecht e Braskem firmam maior acordo de leniência dos EUA. Valor econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4814985/odebrecht-e-braskem-firmam-maior-acordo-de-leniencia-dos-eua>>. Acesso em: 24/12/2016.

²⁵⁰ Jornal Nacional. Edição do dia 21/12/2016. Odebrecht e Braskem fecham acordo de leniência com EUA, Suíça e Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/12/odebrecht-e-braskem-fecham-acordo-de-leniencia-com-eua-suica-e-brasil.html>>. Acesso em: 24/12/2016.

²⁵¹ JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 854, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 24/12/2016.

²⁵² OLIVEIRA, J.M.F. A Urgência de uma Legislação *Whistleblowing* no Brasil. Brasília: Núcleo de estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, mai. 2015, p. 6. (Texto para Discussão nº 175). Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td175>>. Acesso em: 24/12/2016.

específicos e regulamentados. Não se defende e não é este o caso de transformar as relações profissionais ou qualquer que seja em um mercado de denúncias.

4.5.12.3.3 A ENCCLA e a proposta de criação do instituto do reportante no Brasil

Criada em 2003 e Coordenada pelo Ministério da Justiça e Cidadania, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) é uma iniciativa formada por mais de 60 órgãos, do Legislativo, Executivo e Judiciário, Ministérios Públicos e sociedade civil, que atuam no combate à corrupção e lavagem de dinheiro. Anualmente após reunião plenária, a ENCCLA traça as ações que serão abordadas durante o ano seguinte em reuniões acerca do tema específico de cada ação. Várias iniciativas são discutidas no âmbito de cada uma dessas ações, como desenvolvimento de sistemas informatizados, elaboração de programas de treinamento e capacitação, convênio e proposições legislativas.²⁵³

Na plenária realizada no final de 2015, ficou definido que seriam trabalhadas no ano de 2016 treze Ações. A Ação 4, sob coordenação da AJUFE (Associação dos Juizes Federais), ficaria encarregada de: elaborar diagnóstico e proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *whistleblower*, seguindo o eixo de detecção e punição, com o objetivo estratégico de aumentar a efetividade do sistema de justiça.

Somente na Ação 4 trabalharam como colabores os seguintes órgãos: Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), Associação dos Delegados da Polícia Federal (ADPF), Advocacia-Geral da União (AGU), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Controladoria-Geral da União (CGU), Conselho da Justiça Federal (CJF), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Departamento de Polícia Federal (DPF), Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Ministério das Relações Exteriores (MRE), Receita Federal do Brasil (RFB) e Tribunal de Contas da União (TCU).²⁵⁴

²⁵³ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>>. Acesso em: 23/12/2016.

²⁵⁴ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-de-2016>>. Acesso em: 23/12/2016.

Ao final do ano de 2016, os membros da Ação 4 concluíram seus trabalhos elaborado um anteprojeto de lei²⁵⁵ (APL) para criação e regulamentação do instituto do reportante. O APL foi orientado de forma a incentivar a proteção do cidadão que reportar a uma autoridade pública a ocorrência de atos ilícitos, ainda que omissivos, a exemplo daqueles que violem dever legal expresso, ou que de qualquer forma atentem contra o patrimônio público, criando proteção e incentivos à participação da sociedade na apuração de fraudes públicas e ofensa a normas legais.

Segundo o modelo criado, o fluxo de informações se inicia com o recebimento da denúncia que será feito nos órgãos públicos por meio da criação de Comissões de recebimento de relatos. No APL, estão sendo debatidas formas de dar proteção à pessoa que faz os relatos e, ainda, uma premiação para incentivar que os fatos irregulares sejam realmente relatados.

A ideia é que o programa de *whistleblower* dê voz e proteção ao cidadão para que possa cooperar com autoridades públicas, sem o receio de que sofrerá retaliações pessoais ou profissionais. Trata-se de ferramenta indispensável de detecção de irregularidades cometidas por agentes públicos ou empresas, e que não foi contemplada nas 10 medidas sobre corrupção ofertadas pelo Ministério Público Federal. Os programas de *whistleblowers* são vistos hoje em dia como a principal ferramenta de auxílio às autoridades públicas, sendo considerados instrumentos de realização do direito de livre manifestação e de participação ativa na sociedade, assegurando o pleno exercício dos direitos humanos.

O APL está em fase de aprimoramento da parte técnica sob revisão do grupo. A redação das competências tem tido especial cuidado considerando que a intenção é elaborar um corpo do anteprojeto com escopo mais amplo, abrangendo as melhores práticas verificadas nas legislações de diversos países que já regulamentaram o tema, porém deixando espaço para que no Congresso sejam juntados a regulação para áreas específicas. Cada ente participante da ação 4 tem interesse no anteprojeto, contudo, as especificidades de cada órgão deverão ser elaboradas em um segundo momento considerando a peculiaridade da matéria tratada por cada um na realização de suas atividades finalísticas.

²⁵⁵ ROCHA, Márcio Antonio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de *whistleblower* no Brasil. Disponível em: < <http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1>>. Acesso em: 24/12/2016.

Da mesma forma conforme destacou-se na elaboração da Lei Anticorrupção, o conteúdo do anteprojeto do reportante representa importante inovação e modernização no sistema jurídico brasileiro, e a adoção desse instituto já era prevista no artigo 33²⁵⁶, da Convenção da Nações Unidas para o Combate da Corrupção, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2003, sendo, portanto, mais uma norma direcionada pela comunidade internacional em assuntos de combate à corrupção:

Artigo 33

Proteção aos denunciantes

Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Segundo a convenção, cada país deve verificar a melhor forma de implementação de mecanismos de proteção aos informantes. O desenvolvimento de sistemas de proteção aos informantes é complexo, muito mais que a criminalização do comportamento corrupto, por outro lado, há muita dificuldade de se descobrir a corrupção praticada sem obter informações internas daqueles que ou participam dos atos ilícitos ou tenham conhecimento por força de relacionamentos, a defesa que motiva a instituição do *whistleblower* é a mesma que se observa no caso da colaboração premiada.

Outros artigos que sublinham a importância do correto enquadramento para reportar a corrupção: No capítulo II, artigo 8(4)²⁵⁷ – facilitação de comunicações por agentes públicos; artigo 13(2)²⁵⁸ – comunicações anônimas de órgãos anti-corrupção. No capítulo III, artigo 32²⁵⁹ – proteção às testemunhas, peritos e vítimas; artigo 37²⁶⁰ –

²⁵⁶ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 24/12/2016.

²⁵⁷ Cada Estado Parte também considerará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a possibilidade de estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento deles no exercício de suas funções.

²⁵⁸ Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

²⁵⁹ Proteção a testemunhas, peritos e vítimas

1. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas, em conformidade com seu ordenamento jurídico interno e dentro de suas possibilidades, para proteger de maneira eficaz contra eventuais atos de represália ou intimidação as testemunhas e peritos que prestem testemunho sobre os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção, assim como, quando proceder, a seus familiares e demais pessoas próximas.

medidas para incentivar a comunicação por pessoas envolvidas; artigo 39(2)²⁶¹ – relatórios de incentivo para o legislativo.

A Transparência Internacional publicou um relatório subsidiado pelos relatórios elaborados pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em termos conclusivos sobre as experiências coletadas a respeito da implementação de programas de *whistleblower* dentre os signatários, foram elaborados 30 sumários executivos disponibilizados pelo processo de revisão da convenção, também foram disponibilizados os relatórios de cinco países que concordaram em publicar no site da UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime* que é o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e

2. As medidas previstas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão consistir, entre outras, sem prejuízo dos direitos do acusado e incluindo o direito de garantias processuais, em:

a) Estabelecer procedimentos para a proteção física dessas pessoas, incluída, na medida do necessário e do possível, sua remoção, e permitir, quando proceder, à proibição total ou parcial de revelar informação sobre sua identidade e paradeiro;

b) Estabelecer normas probatórias que permitam que as testemunhas e peritos prestem testemunho sem pôr em perigo a segurança dessas pessoas, por exemplo, aceitando o testemunho mediante tecnologias de comunicação como a videoconferência ou outros meios adequados.

3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados com outros Estados para a remoção das pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo.

4. As disposições do presente Artigo se aplicarão também às vítimas na medida em que sejam testemunhas.

5. Cada Estado Parte permitirá, com sujeição a sua legislação interna, que se apresentem e considerem as opiniões e preocupações das vítimas em etapas apropriadas das ações penais contra os criminosos sem menosprezar os direitos de defesa.

²⁶⁰ Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei.

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

²⁶¹ Cooperação entre os organismos nacionais e o setor privado

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com seu direito interno, para estabelecer a cooperação entre os organismos nacionais de investigação e o ministério público, de um lado, e as entidades do setor privado, em particular as instituições financeiras, de outro, em questões relativas à prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de estabelecer que seus cidadãos e demais pessoas que tenham residência em seu território a denunciar ante os organismos nacionais de investigação e o ministério público a prática de todo delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

Crime). São eles: Brunei Darussalam, Chile, Finlândia, França e Suécia, sendo necessário o consentimento do país avaliado para que o relatório seja publicado.²⁶²

4.5.12.3.4 Principais conclusões

Segundo o sumário executivo elaborado, o processo de avaliação da Convenção da ONU demonstrou que há grande variação na proteção aos informantes entre os estados membros. O relatório temático da UNODC de 27 de agosto de 2012 registrou que de forma geral há uma ausência de sistemas e regulamentação específicos e mesmo onde existem de fato regulamentos específicos, eles frequentemente não se aplicam aos trabalhadores do setor privado.

A Transparência Internacional concluiu que algumas medidas precisam ser implementadas antes da elaboração de um mecanismo que crie obrigações para que os relatórios de irregularidades sejam feitos, como a instauração de linhas privadas ou diretas anônimas para facilitar o canal de comunicação dos denunciantes cidadãos e instrumentos que proíbam demissões de informantes.

Por esses motivos algumas medidas não foram demonstradas nos relatórios dos países. Os países justificaram a impossibilidade de não poderem implementar essas medidas, por exemplo, por não poderem lidar com:

- Situações nas quais o ato ainda não havia sido praticado ou quando o reportante não estava certo se a conduta seria considerada corrupta ou não;
- Situação conflituosa prestes a ocorrer quando o relatório do informante contém matéria considerada confidencial pelos empregadores;
- Situações nas quais os canais normais de comunicação são avariados ou estão inativos;
- Formas de retaliação que não chegam a provocar demissão, mas apenas causam desconforto para o reportante;
- A necessidade de prova – demissões e outras represálias são sempre apresentadas como sendo realizadas por outros motivos, então, a presunção legal de que o fato reportado foi a causa da demissão é essencial para o programa.

²⁶²Whistleblower protection and the UN Convention against Corruption. Transparency International. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/ti_report_/ti_report_en.pdf>. Acesso em: 27/12/2016.

Nas poucas vezes em que foram discutidas as medidas de proteção adotadas para proteger o reportante de represálias e demissões ligadas ao conteúdo da informação prestada, pouco se falou da falta de disposições protetivas ao informante no setor privado.

Em vários sumários executivos, foram feitas recomendações para que os países considerassem medidas inovadoras para proteção do reportante. Como os relatórios elaborados são resumidos, não foram indicadas quais medidas deveriam ser introduzidas. Da mesma forma, os resumos dos relatórios de compromisso feitos aos estados membros para que considerassem as medidas, não informaram sobre as medidas ou os planos a serem adotados.

Nos países onde os enquadramentos foram colocados em prática, os comentários da Convenção da ONU citaram apenas como boas práticas neste contexto, mas se omitiram de informar o impacto que as leis de proteção poderiam provocar. Uma contribuição relevante é a elaborada pelas organizações da sociedade civil²⁶³.

A Transparência Internacional - que tem desenvolvido uma série de Princípios Internacionais para subsidiar os países quando forem elaborar suas legislações de programas de *whistleblower* - e as organizações da sociedade civil, aprimoraram sugestões acerca de temas como os de segurança nacional e sobre o direito à informação. Os reflexos que se fazem presentes na elaboração do programa brasileiro são os provenientes dos princípios elaborados pelo G20²⁶⁴ e que constam na cartilha com subsídios elaborada pela ENCCLA²⁶⁵, em resumo:

G20 – PLANO DE AÇÃO ANTI-CORRUPÇÃO E PROTEÇÃO AO WHISTLEBOWER

1. Uma legislação clara e uma ferramenta institucional efetiva devem estar implantadas para proteger contra ações discriminatórias ou disciplinares aos empregados que revelarem em boa-fé e bases razoáveis, para autoridades competentes, determinadas suspeitas de ações ilegais ou corrupção.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

-Estabelecer uma legislação específica destinada a assegurar uma certeza legal e clara, e para evitar um enfoque fragmentário ao se estabelecer a proteção do *whistleblower*

²⁶³ É possível acessar os relatórios elaborados pelas organizações da sociedade civil dentre os quais o que se refere ao Brasil, onde consta na observação dos artigos que mereceram destaque justamente o artigo 33 da Convenção que faz referência à criação de programa de *whistleblower*. Disponível em: <<http://uncaccoalition.org/files/cso-review-reports/year1-brazil-summary.pdf>>. Acesso em: 28/12/2016.

²⁶⁴ Disponível em: <<http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em: 28/12/2016.

²⁶⁵ ROCHA, Márcio Antônio. Subsídios para implantação de programas de *whistleblower* no Brasil. 2016. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/biblioteca/artigos/whistleblower-1>>. Acesso em: 28/12/2016.

- Requerer e encorajar fortemente as companhias para implantação de medidas de controle para possibilitar e facilitar o ato de reportar.

2. A legislação deve prover uma clara definição da abrangência das revelações protegidas e das pessoas sujeitas à proteção legal.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

-As revelações protegidas incluem: a violação da lei, norma ou regimento, grosseira má administração; desperdício grosseiro de fundos; abuso de autoridade; substancial e específico risco a saúde pública ou segurança; ou tipos de ilegalidades abrangidas nos termos “corrupção”, de acordo com a definição das leis domésticas.

-Indivíduos não são sujeitos a proteção do *whistleblower* para as revelações que são proibidas por lei de acordo com as leis domésticas de interesse nacional de defesa ou de assuntos estrangeiros, salvo se as revelações forem feitas de uma seguindo um modo específico e para entes especificados de acordo com o requerido pela legislação doméstica.

-Empregados públicos e privados devem ser sujeitos da proteção, incluindo não apenas os empregados permanentes e funcionários públicos, mas também consultores, contratantes, empregados temporários, ex-empregados, estagiários, etc.

3. A legislação deve assegurar que a proteção concedida ao whistleblower seja robusta e abrangente.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

-Devido processo para ambas as partes (para o *whistleblower* e para o deficiente), incluindo, entre as partes, a necessidade de proteção da confidencialidade.

-Proteção contra toda forma de discriminação ou retaliação, incluindo demissão, suspensão, regressão funcional; outras ações disciplinares ou corretivas; determinação de transferência ou de funções; avaliação de performances; decisões envolvendo pagamentos, benefícios, recompensas, educação e treinamento; ordem para submissão a teste médicos ou exames; ou qualquer outra significativa mudança nos deveres, responsabilidades ou nas condições de trabalho.

-Proteção por retaliações culposas, como nas seleções, retorno, indicações e promoções

-Proteção contra danos, estigmatização, ameaças, e qualquer outra forma de ação retaliatória

-Proteção contra outras formas de condutas retaliatórias, incluindo o afastamento de responsabilidade ou a proteção contra responsabilidade criminal e civil, particularmente contra a difamação e quebra de confidencialidade ou leis de segredos oficiais;

-Proteção de identidade através da disponibilidade de relatos anônimos

-Clara indicação que, diante de uma “primeira vista” demonstrando retaliações aos *whistleblower*, o empregador terá o ônus da prova de demonstrar que ação em detrimento do *whistleblower* é motivada por razões não ligadas ao relato;

-Proteção contra relatos o que um indivíduo razoavelmente acredita revelar uma ilegalidade mesmo que o *whistleblower* esteja errado;

-Proteção aos empregados que o empregador incorretamente acredita serem *whistleblowers*.

4. A legislação deve claramente definir os procedimentos e estabelecer canais para facilitar os relatos de suspeita de corrupção, e encorajar o uso da proteção e fácil acesso aos canais de reportar.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

-Previsão de proteção para relatos feitos internamente e externamente

-Estabelecimento de canais de relatos dentro do setor público

- Forte encorajamento para a empresa estabelecer canais internos de relatos
- Assegurar proteção para relatos feitos diretamente para autoridades públicas
- Canais específicos e proteção adicional para lidar com relatos relacionados à segurança nacional e relatos correlacionados a segredos de estado
- Permissão de relatos a canais externos, incluindo-se a mídia, e organizações sociais civis, etc.
- Incentivos aos *whistleblower* para seguir adiante, incluindo a especificação de um procedimento apropriado, mecanismos de prosseguimento [...]
- Ações de reforço positivo das ações de relato, incluindo a possibilidade de premiações financeiras para o *whistleblower*;
- Previsão de informação, aconselhamento e *feedback* para o *whistleblower* em relação às ações que são tomadas em resposta ao relato.

5. A legislação deve assegurar um mecanismo efetivo de proteção, incluindo a atribuição a um órgão específico que é transparente e ao qual é dado poderes para a responsabilidade de receber e investigar reclamos de retaliações e/ou investigações inadequadas, assegurando-se uma vasta gama de correções.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- Indicação de um órgão transparente, responsável por reclamações, e investigações e punição de ações retaliatórias, discriminatórias, ou disciplinares tomadas contra o *whistleblower* que tenha reportado, à autoridade competente, em boa fé e bases razoáveis as suspeitas de ações de corrupção;
- Direitos dos *whistleblower* perante processos nas cortes, como uma pessoa agravada e com direito individual de ação, e com direito a ser ouvido pelo juízo.
- Penalidades para retaliações infligidas contra o *whistleblower*, tenham ou não essas sido tomadas em forma de ações disciplinares ou discriminatórias, ou penalidades civis ou criminais.

6. A implementação da proteção dos *whistleblowers* deve dar suporte à elevação da atenção ao assunto, comunicação, treinamento e avaliações periódicas da efetividade das ferramentas de proteção.

Exemplos de melhores práticas a suportar esses princípios incluem, entre outros:

- Promoção de atenção aos mecanismos de relatos, provendo recomendações gerais, monitoramento e revisão periódica da efetividade da ferramenta de relatos, coleta e disseminação dados, etc.;
- Elevação da atenção para a mudança da visão da percepção cultural e da atitude pública em face do ato de relatar, para ser considerado um ato de lealdade para as organizações;
- Treinamento dentro do setor público para assegurar que os dirigentes são adequadamente treinados para receber relatos, e para reconhecer e prevenir ocorrências de ações discriminatórias ou disciplinares tomadas contra o *whistleblower*
- Prever na lei que os empregadores disponibilizem e mantenham disponibilizadas informações aos empregados sobre seus direitos em conexão com os relatos protegidos.

Há Centros de Advocacia e Consultoria Legal da Transparência internacional que atuam no regime de proteção e consultoria aos informantes qualificados, são 80 escritórios pelo mundo. No Reino Unido, o *Public Concern at Work (PcaW)* oferece consultoria legal

e gratuita aos reportantes, e nos Estados Unidos o Projeto de Contabilidade Governamental aconselha e representa seus reportantes.²⁶⁶

Por ocasião da tramitação do PL das 10 Medidas contra a Corrupção na Câmara dos Deputados, em outubro de 2016 o anteprojeto de *whistleblower* foi entregue pela ENCCLA como proposta ao Relator para que fosse analisada, sendo oportuno incluir a iniciativa no texto do relatório final da Câmara dos Deputados (PL 4850/2016). Na ocasião, e no sentido de ressaltar a importância do instituto para o conjunto de medidas destinadas ao combate da corrupção, o representante da ENCCLA, desembargador Márcio Antônio Rocha destacou que entre os anos de 2009 até 2015 o programa ajudou o Departamento de Justiça dos Estados Unidos na recuperação de mais de US\$ 19 bilhões²⁶⁷.

No entanto, restou recusado pela Câmara dos Deputados a inclusão da codificação do *whistleblower* nesta oportunidade, tendo sido derrubada por emenda, não constando no texto final aprovado. A recusa da proposta motivou uma moção²⁶⁸ por parte da ENCCLA, apresentada em sua da 14ª Reunião Plenária, protestando não apenas contra a não inclusão do programa de *whistleblower* dentre as medidas apresentadas, mas também em relação às modificações aprovadas pela Câmara dos Deputados e que desvirtuaram o teor original dessas medidas.

²⁶⁶ *Whistleblower protection and the UN Convention against Corruption*. O trabalho elaborado pela Transparência Internacional agrega uma série de considerações acerca do programa de *whistleblower* além de mencionar uma série de iniciativas e modelos a serem utilizados e aprimorados. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/ti_report_/ti_report_en.pdf>. Acesso em 28/12/2016.

²⁶⁷ Revista Consultor Jurídico, 5/10/2016. Instituto novo – Desembargador propõe *whistleblower* em pacote anticorrupção. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-05/desembargador-propoe-whistleblower-pacote-anticorrupcao>>. Acesso em: 27/12/2016.

²⁶⁸ A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), fórum que reúne mais de 70 órgãos públicos e entidades privadas ligadas à prevenção e à repressão da corrupção e da lavagem de dinheiro, manifesta: a) apoio à aprovação de medidas que representam avanços incontestáveis e essenciais ao sistema nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro e que são há anos discutidas e aprovadas por este fórum nacional, especialmente o aperfeiçoamento do regime legal de prescrição penal, o maior rigor da punição dos crimes contra a administração pública, a extinção de domínio e o confisco alargado, a criminalização do enriquecimento ilícito e a proteção ao reportante cidadão (*whistleblower*); b) preocupação com iniciativas que signifiquem retrocesso dos mecanismos de controle que colidam com o espírito da iniciativa popular ou que retaliem os órgãos legalmente dedicados ao controle da corrupção e da lavagem de dinheiro. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/novembro/enccla-apresenta-mocao-sobre-medidas-de-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 28/12/2016.

CONCLUSÃO

A questão do combate à corrupção é tema de difícil conceituação e também de mensuração dos seus efeitos e consequências. Por mais que a humanidade tenha evoluído em diversas áreas e setores do conhecimento humano é possível pontuar historicamente episódios memoráveis de prática de atos de corrupção ao longo dos tempos.

O fato é que o aprimoramento do controle da corrupção, e a disseminação do potencial de um sistema repressivo eficiente atuam de forma decisiva no cenário de escolhas e decisões que cada indivíduo tem a seu dispor no momento imediatamente anterior à prática do ato criminoso que se pretende combater.

O dado empírico torna-se valioso quando se busca enfrentar o problema da corrupção e, nesse sentido, a operação Mãos Limpas serviu de modelo para que a operação Lava Jato chegasse ao ponto a que chegou e este trabalho demonstrou vários pontos de contato entre as duas operações, sendo possível compreender de que forma foram edificadas as estruturas de organizações criminosas, e assim induzindo ao estudo da melhor forma para combatê-las. Também o empirismo pode auxiliar na elaboração de um cenário futuro, antevendo algumas ações que ainda estão por vir, sobretudo ações de defesa de grupos criminosos e, por que não, de movimentos parlamentares para evitar condenações e punições futuras, já que, conforme demonstrado, um dos braços da corrupção sistêmica que afeta o país é justamente o envolvimento de políticos e seus respectivos partidos juntamente com grandes empresas, empreiteiras e executivos de grandes estatais.

O combate pleno à corrupção sistêmica não pode abrir mão do reforço ao sistema de controle interno. Conhecedores do funcionamento da máquina pública, certames licitatórios e outras formas de atuação, é aqui que reside grande potencial de enfrentamento desde que obviamente dotados de material humano e suporte logístico capaz de acompanhar o ritmo dos poderosos grupos empresariais.

Este trabalho foi concebido antes da deflagração da operação Lava Jato e finaliza antes do seu término. No seu curso, um *déjà vu* ia se passando fase após fase da operação Lava Jato, conforme dito anteriormente, são muitas as coincidências que aproximam o Brasil da Itália e ainda se vislumbra um final mais positivo para o Brasil do que representou a Mãos Limpas para a Itália. Ao final do trabalho, recomenda-se a reflexão de uma série de medidas que já se encontram em discussão no cenário jurídico e político brasileiro, inclusive o aprimoramento de alternativas já em vigor, como é o caso da lei

anticorrupção. Cabe à nossa sociedade e àqueles que se dedicam a formar opiniões a escolha de qual caminho desejamos traçar e qual futuro desejamos alcançar.

REFERÊNCIAS

- ABANTO VASQUEZ, Manuel A. La lucha contra la corrupción em um mundo globalizado. *Revista peruana de ciências penales*, n. 16, p. 36, 2005.
- ABRAMO, Cláudio Weber. Relações entre índices de percepção de corrupção e outros indicadores em onze países da América Latina. *Cadernos Adenauer*, v. 10, 2000. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/onze.pdf>>. Acesso em: 24.03.2015.
- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- ALVES, Alaor Caffé. Exploração capitalista do homem pelo homem e corrupção. In _____. *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Tercio Sampaio Ferraz Junior, Calixto Salomão Filho, Fabio Nusdeo (orgs). Barueri, SP: Manole, 2009.
- _____. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BARRERA, P. La responsabilit  disciplinare dei dipendenti pubblici. In: MERLONI, F.; VANDELLI, L. (Org.). *La corruzione amministrativa*. Firenze: Passigli Editori, 2010.
- BATISTA, Antenor. *Corrupção: o quinto poder – repensando a ética*. 12. ed. atual. São Paulo: Edipro, 2011.
- BECKER, Gary S. *Crime and punishment: na economic approach*. University of Chicago and National Bureau of Economic Ressearch, 1960.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1984.
- BOFF, Leonardo. Corrupção: crime contra a sociedade. *Jornal do Brasil*, 15.04.2012. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/leonardo-boff/noticias/2012/04/15/corruptcao-crime-contra-a-sociedade/>>. Acesso em 17.02.2014.
- BOLLONE, Pierluigi Baima. *Il Romanzo della Criminologia*. Torino: Priuli & Verlucca, 2008.
- BORGES, Paulo César Corrêa. Corrupção transnacional. *Boletim IBCCRIM*, v. 11, n. 124, p. 11, 2003 apud *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25, p. 266-268, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. *Nova lei anticorrupção vai estimular compliance*. Conjur, 06/08/2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-compliance>>. Acesso em 14.12.2016.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, p. 454-467, 1951.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, nº 1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582003000100005>. Acesso em 05.12.2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CERQUA, Luigi Domenico. Il delitto di riciclaggio nel sistema penale Italiano (I). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Disponível em <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/097007032.pdf>>, p. 18. Acesso em 26/09/2016.

CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011.

COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015.

CONVENÇÃO da OCDE. Presidência, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2007. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seain/a_seain/cartilha_OCD E.pdf>. Acesso em: 24/03/2013.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito &*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DEL ROIO, José Luiz. *Itália: Operação Mãos Limpas – E no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993.

DI PIETRO, Antonio. *Intervista su Tangentopoli*. Giovanni Valentini (a cura di). Bari: Laterza, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARIN, Gabriela. Lei anticorrupção entra em vigor nesta quarta à espera de regras. (2014). Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/01/lei-anticorruptao-entra-em-vigor-nesta-quarta-espera-de-regras.html>>. Acesso em: 31.01.2014.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 92-93, jul./ago. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. V. II.

_____. *Mudança estrutural da espera pública: investigações quanto a uma categoria da esfera burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif. In BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, p. 454-467, 1951.

HOLANDA, Nilson. *Introdução à economia: da teoria à prática e da visão micro à macroperspectiva*. 8. ed. rev. e ampl. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

JESUS, Damásio E. de. Breves notas sobre o crime de corrupção ativa nas transações comerciais internacionais. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, n. 16, p. 35-37, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. Razões da introdução em nossa legislação do crime de corrupção funcional nas transações comerciais internacionais. *Boletim IBCCRIM*, n. 72, p. 04-05, 1998.

LEGGE 16 marzo 2006, n. 146, Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001. In *Gazzetta Ufficiale*, n. 85, dell'11 aprile 2006 - Supplemento ordinario n. 91. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/061461.htm>>. Acesso em: 16/04/2015.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2001.

MAIA, Antônio C. Espaço público e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana. *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUCRJ, Rio de Janeiro, n. 11, p. 15-40, ago/dez 1997.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

MARZUOLI, Carlo. Fenomeni corrutivi e pubblica amministrazione: più discipline, un único obiettivo. In PALAZZO, Francesco (a cura di). *Corruzione Pubblica: repressione penale e prevenzione amministrativa*. Firenze: Firenze University Press, 2011.

MATTELART, Armand e Michèle. *História das teorias da comunicação*. São Paulo: Loyola, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 1ª edição em e-book baseada na 17ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale – Effeti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*. 9. ed. Collana: Nuove ricerche di scienze penalistiche. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite, *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 57, jul./set. 2004.

MUSCO, Enzo. Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione. *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione, Atti del Convegno di studi di diritto penale*, Bari, p. 21-22, aprile 1995-1996.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei anticorrupção é regulamentada: entenda o que muda*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/descomplicador/lei-anticorrupcao-e-regulamentada-entenda-o-que-muda/>>. Acesso em: 09.04.2015.

OLIVEIRA, Edmundo. *A sociologia da corrupção*. In: _____. *Ciência Penal – Coletânea de estudos – Homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: JM Editora, 1999.

PAGOTTO, Leopoldo U. C. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 409 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PRADO, Luiz Regis. O bem jurídico tutelado nos novos delitos de corrupção e de tráfico de influência internacional. *Boletim IBCCRIM*, v. 10, n. 119, p. 13-14, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Local: editora, 1935.

SANDMANN, Antônio José. *A linguagem da propaganda*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2001.

SANTOS, André Luiz da Silva dos. A estrutura lógico-formal do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. A regra-matriz de incidência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3030, 18 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20233>>. Acesso em 15 fev. 2014.

- SCHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jurgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed. rev. e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A economia política da corrupção no Brasil*. Benjamin Abdala Junior, Isabel Maria M. Alexandre (coords). São Paulo: SENAC São Paulo, 2001. (Série Ponto Futuro; 8).
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Jus Podium, 2015.
- TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. especial de lançamento, p. 79, dez. 1992.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. The Global Coalition Against Corruption. Corruption Perceptions Index 2013. 2013. Disponível em: <http://issuu.com/transparencyinternational/docs/cpi2013_brochure_single_pages?e=2496456/5813913#search>. Acesso em 06.02.2014.
- VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso*. Porto Alegre: AGE, 2006.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1964.
- ZAGARIS, Bruce. Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U. S. experience with the foreign corrupt practices act. *Temas de anticorrupção & compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, p. 56, 2013.